



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
"M.FANNO"**

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E CRITICA DEL DIRITTO

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN ECONOMIA E DIRITTO

TESI DI LAUREA

**"IL TRATTAMENTO DEL CREDITORE IPOTECARIO NEL
FALLIMENTO"**

RELATORE:

CH.MO PROF. PAOLO MENTI

LAUREANDO: MARCO BREDÀ

MATRICOLA N. 1109511

ANNO ACCADEMICO 2016 – 2017

Il candidato dichiara che il presente lavoro è originale e non è già stato sottoposto, in tutto o in parte, per il conseguimento di un titolo accademico in altre Università italiane o straniere. Il candidato dichiara altresì che tutti i materiali utilizzati durante la preparazione dell'elaborato sono stati indicati nel testo e nella sezione "Riferimenti bibliografici" e che le eventuali citazioni testuali sono individuabili attraverso l'esplicito richiamo alla pubblicazione originale.

Firma dello studente

Alla mia famiglia

RINGRAZIMENTI

Desidero ringraziare tutti coloro che in qualche modo hanno sempre saputo supportarmi e spingermi a portare a termine questo lungo percorso.

In primi ringrazio il mio relatore, il Professor Paolo Menti, che mi ha seguito in questa tappa finale consigliandomi l'analisi di una tematica particolarmente interessante che mi sarà sicuramente d'aiuto per la mia carriera lavorativa.

Ringrazio i miei genitori, Liliana e Fabio, che nonostante le mille incomprensioni, hanno sempre creduto in me.

Un grosso grazie a Giorgia per l'enorme supporto dato in questi cinque anni, per essere sempre stata un punto di riferimento e per avermi dato una grossa mano nella redazione della tesi.

Voglio poi ringraziare i miei compagni di corso: Mohamed, Sanzida, Isabella e Lorenzo per avermi tenuto compagnia in tutti questi anni di studio; in particolare vorrei ringraziare Chiara e Simone per avermi spinto a superare sfide impossibili.

Vorrei poi ringraziare Andrea e Matteo ed il dott. Barzani per i numerosi consigli dati durante la ricerca, aiutandomi ad interpretare e trovare nuovi spunti per l'elaborato.

Un ultimo ringraziamento va ai miei amici: Alberto, Andrea, Alberto, David, Davide, Elia, Enrico, Fabio, Giovanni e Tommaso, che mi sono sempre stati vicino ascoltandomi e sopportandomi.

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO 1.....	3
1.1 CREDITI PREDEDUCIBILI	4
1.1.1 “I DEBITI DI MASSA” ANTE RIFORMA.....	5
1.1.2 CREDITI PREDEUCIBILI POST-RIFORMA	7
1.1.2.1 CREDITI PREDEDUCIBILI QUALIFICATI DA SPECIFICA DISPOSIZIONE DI LEGGE.....	8
1.1.2.2 CASI DI PREDEDUCIBILITA’ EX D.L. 78/2010	9
1.1.2.3 CASI DI PREDEDUCIBILITA’ EX D.L. 83/2012	9
1.1.2.4 PREDEUCIBILITA’ DEI CREDITI SORTI IN OCCASIONE E IN FUNZIONE DELLE PROCEDURE CONCORDATARIE.....	11
1.2 ACCERTAMENTO DEI CREDITI PREDEDUCIBILI.....	13
1.3 ECCEZIONI ALLA REGOLA DI ACCERTAMENTO DEI CREDITI PREDEDUCIBILI.....	13
1.3.1 NOVELLE ART 111 BIS L.F.	14
1.4 SODDISFACIMENTO DEI CREDITI PREDEDUCIBILI.....	15
1.5 MODALITA’ DI SODDISFAZIONE DEI CREDITI PREDEDUCIBILI.....	16
1.6 I RAPPORTI CON I CREDITI ASSISTITI DA GARANZIA REALE	16
1.7 IL PAGAMENTO DELLE SPESE AL DI FUORI DEL RIPARTO	17
1.8 CONFLITTO TRA CREDITI PREDEDUCIBILI IN ASSENZA DI ATTIVO	19
1.9 CREDITI ASSISTITI DA PRELAZIONE	20
1.10 CREDITI ASSISTITI DA PRIVILEGIO GENERALE	20
1.11 I CREDITI GARANTITI DA IPOTECA E PEGNO E QUELLI ASSISTITI DA PRIVILEGIO SPECIALE.....	21
1.11.1 IL PRIVILEGIO SUGLI ACCESSORI	22
1.11.2 RIFORMA D. LGS 5/06.....	24
1.12 REGIME DEI CREDITI ASSISTITI DA CAUSA DI PRELAZIONE.....	25
1.13 DISCIPLINA DEGLI INTERESSI NEI CREDITI IPOTECARI.....	25
1.13.1 AMMISSIONE AL PASSIVO INTERESSI CREDITI IPOTECARI	26
1.14 CREDITO FONDIARIO ED INTERESSI	27
1.14.1 AMMISSIONE AL PASSIVO INTERESSI CREDITI IPOTECARI	27
CAPITOLO 2.....	29
2.1 PROCEDIMENTO DI RIPARTIZIONE	29
2.2 L’IMPATTO DELLE RIFORME SUL PROCEDIMENTO DI RIPARTO	29
2.2.1 LA PRECEDENTE DISCIPLINA.....	29
2.2.2 LA NUOVA RIFORMA	30
2.2.2.1 FASE 1	31
PERIODICITA’ DEL RIPARTO	31
ADEMPIMENTI DEL CURATORE.....	32
CREDITORI ESENTATI DAL DIVIETO DI AZIONI ESECUTIVE.....	33
2.2.2.2 FASE 2	36
DESTINATARI DELL’AVVISO DI DEPOSITO.....	36
2.2.2.3 FASE 3	36
RECLAMO AL PROGETTO DI DISTRIBUZIONE.....	36
2.2.2.4 FASE 4.....	41

DICHIARAZIONE DI ESECUTIVITA' DEL PIANO DI RIPARTO	41
2.3 IMPUGNAZIONE DEL PROVVEDIMENTO DEL G.D	41
2.4 PAGAMENTO AI CREDITORI	42
2.5 I CREDITORI TARDIVI	43
2.6 RESTITUZIONE SOMME RISCOSE	44
2.7 RIPARTO PARZIALE	45
2.8 IL PAGAMENTO FUORI DAL RIPARTO	45
 <u>CAPITOLO 3</u>	 <u>47</u>
3.1 CREDITO FONDIARIO	47
3.1.1 DEFINIZIONE LEGISLATIVA	47
3.1.2 I PRIVILEGI DEL CREDITO FONDIARIO	49
3.2 L'AZIONE REVOCATORIA	51
3.2.1 GLI ATTI REVOCABILI	51
3.2.2 GLI ATTI SOTTRATTI ALLA REVOCATORIA	53
3.2.3 ESENZIONE REVOCATORIA CREDITO FONDIARIO	53
3.3 CONCESSIONE ABUSIVA DI IPOTECHE	58
3.4 SUPERAMENTO DEL LIMITE FINANZIABILE	61
3.5 L'ESENZIONE DA REVOCATORIA PER I PAGAMENTI EFFETTUATI DAL DEBITORE	68
3.6 CREDITO FONDIARIO: ONERI BANCARI PER LA CONSERVAZIONE DEL PRIVILEGIO FONDIARIO	70
3.7 L'ESENZIONE: TRADE OFF TRA PAR CONDICIO CREDITORIUM E PROSECUZIONE DELL'ATTIVITA' D'IMPRESA	73
3.7.1 LA PROGRESSIVA EROSIONE DELLA PAR CONDICIO	74
3.8 FRUTTI CONCERNENTI BENI OGGETTO DI GARANZIA	76
3.9 SPESE GENERALI	83
 <u>CONCLUSIONI</u>	 <u>85</u>
 <u>BIBLIOGRAFIA</u>	 <u>89</u>
 <u>GIURISPRUDENZA</u>	 <u>95</u>

INTRODUZIONE

In questo saggio si cercherà di evidenziare il ruolo assunto dal credito fondiario all'interno dell'ambito fallimentare.

Come si avrà modo di vedere, tale istituto gode di una disciplina speciale caratterizzata dalle seguenti peculiarità:

- esenzione da revocatoria per le ipoteche concesse a garanzia di finanziamenti (art 39, c.4, primo periodo TUB);
- esenzione da revocatoria per i pagamenti che il debitore ha effettuato a favore del creditore fondiario (art 39, c.4, secondo periodo TUB);
- diritto di proseguire o iniziare azioni esecutive individuali in presenza del fallimento del debitore (art 41, c.2 TUB);
- principio di attrazione a favore del creditore ipotecario per tutte le rendite generate dagli immobili oggetto di ipoteca (art 41 c.3 TUB).

Per poter comprendere al meglio le particolarità fallimentari riservate al credito fondiario occorre prendere in considerazione le finalità di tutela di tale istituto.

Una delle principali funzioni del credito fondiario è sicuramente quella di consentire a chiunque l'acquisto di beni d'ingente valore (tipicamente immobili) dietro il rilascio di una garanzia adeguata.

L'utilizzo di garanzie permette quindi, nel piccolo, di tutelare il finanziatore mentre nell'ottica dell'economia supporta e rafforza il sistema bancario.

Prendendo come riferimento il "finanziatore", il timore dello stesso è quello che, a seguito del verificarsi di determinate condizioni, il debitore non sia più in grado di onorare l'obbligazione assunta, rendendo impossibile il recupero della somma concessa a mutuo comportando un ingente perdita per la banca.

Considerato quanto sopra il semplice fatto di prevedere una garanzia posta a tutela del credito fondiario permette all'istituto creditizio di operare più facilmente sapendo che, grazie a tale protezione, avrà maggiori possibilità di soddisfare le proprie pretese.

Garanzie stesse che, in riferimento al "sistema bancario", se concesse nel rispetto della normativa (rapporto tra somma concessa e valore del bene) possono prevenire episodi di instabilità finanziaria, i quali, se non controllati, possono innescare un meccanismo di estensione dell'insolvenza di altre banche (rischio sistematico) che nel lungo periodo può sfociare in crisi economiche difficilmente superabili.

Da qui la definizione di credito fondiario viene direttamente attribuita dal legislatore, il quale, con l'emanazione del testo unico ha deciso dare vita ad un unico istituto avente ad oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili.

Come si evince da quanto sopra, si nota quindi come l'istituto sia dotato di:

- elemento oggettivo: consistente nella concessione di un finanziamento di durata medio/lunga e in presenza di garanzie ipotecarie su beni immobili;
- elemento soggettivo: configurandosi come contratto di mutuo, può essere erogato solamente dalle banche.

La ricorrenza di entrambi gli elementi configura il contratto, stipulato tra finanziatore e debitore, come "credito fondiario"

Atteso quanto sopra nei prossimi capitoli si cercherà di guidare il lettore nella comprensione della procedura di riparto dell'attivo realizzato senza mettere in secondo piano le operazioni propedeutiche che si instaurano prima della liquidazione delle poste generatesi durante la procedura fallimentare.

Nel saggio trova poi spazio la descrizione delle varie categorie creditorie presenti nel fallimento, l'evoluzione normativa subita dalle stesse, nonché i principali rimedi posti in essere dagli organi della procedura per risolvere eventuali conflitti fra creditori.

Nella trattazione inoltre, per meglio delineare il ruolo del creditore fondiario all'interno della procedura, verranno analizzati alcuni casi concreti che permetteranno al lettore di comprendere la posizione privilegiata assunta dalle banche, il tutto tenendo sempre a mente uno dei principi cardini sul quale si fonda la ratio del fallimento, ovvero il principio della "par condicio creditorum".

CAPITOLO 1

SOMMARIO:

1.1 CREDITI PREDEDUCIBILI
1.2 ACCERTAMENTO DEI CREDITI PREDEDUCIBILI
1.3 ECCEZIONI ALLA REGOLA DI ACCERTAMENTO DEI CREDITI PREDEDUCIBILI
1.4 SODDISFACIMENTO DEI CREDITI PREDEDUCIBILI
1.5 MODALITA' DI SODDISFAZIONE DEI CREDITI PREDEDUCIBILI
1.6 I RAPPORTI CON I CREDITI ASSISTITI DA GARANZIA REALE
1.7 IL PAGAMENTO DELLE SPESE AL DI FUORI DEL RIPARTO
1.8 CONFLITTO TRA CREDITI PREDEDUCIBILI IN ASSENZA DI ATTIVO
1.9 CREDITI ASSISTITI DA PRELAZIONE
1.10 CREDITI ASSISTITI DA PRIVILEGIO GENERALE
1.11 I CREDITI GARANTITI DA IPOTECA E PEGNO E QUELLI ASSISTITI DA PRIVILEGIO SPECIALE
1.13 DISCIPLINA DEGLI INTERESSI NEI CREDITI IPOTECARI
1.14 CREDITO FONDIARIO ED INTERESSI

Prima di iniziare nella nostra trattazione è fondamentale esplicitare l'ordine delle preferenze nella distribuzione dell'attivo ricavato dalla liquidazione dei beni di compendio della procedura concorsuale.

Come delineato dall'art. 110 e seguenti della Legge Fallimentare, vengono individuate due macro categorie di crediti: i crediti c.d. "chirografi" ed i crediti assistiti da cause di prelazione. Entrambe le categorie sono poi postposte ad una ulteriore categoria, ovvero la categoria dei crediti prededucibili.

Ai sensi dell'art 111 L.F. le somme provenienti dalla liquidazione dell'attivo fallimentare vengono distribuite secondo il seguente ordine:

- crediti prededucibili;
- crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo la graduazione stabilita dall'art 2741 c.c.;
- crediti chirografi.

Sulla base delle disposizioni contenute nella legge fallimentare e nel codice civile, è pertanto possibile procedere alla graduazione dei crediti concorrenti nel fallimento riuscendo a collocarli in una scala di priorità che contempla al primo posto con preferenza assoluta rispetto alle altre categorie, i crediti prededucibili.

I beni di compendio della procedura sui quali i creditori concorrenti hanno diritto di soddisfazione nell'ordine appena citato, previa liquidazione, sono quelli che compongono

l'attivo fallimentare ad esclusione dei beni non ricompresi ex art 46 L.F. e di tutti i beni oggetto di patrimonio separato. Crediti oggetto di patrimonio separato godono di un trattamento differenziato, garantendo al titolare del diritto di soddisfarsi prioritariamente a discapito degli altri creditori.

La definizione di crediti prededucibili, menzionati nell'art 111 L.F. n.1, è stata affidata dal legislatore al comma n.2 dello stesso art 111, il quale a seguito della riforma del 2006 stabilisce che sono crediti prededucibili: “quelli classificati da una disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali” regolate dalla legge fallimentare, ossia il fallimento, il concordato preventivo e la liquidazione coatta amministrativa, ribadendo che essi debbano trovare soddisfazione con preferenza rispetto a tutti gli altri crediti ammessi alla procedura.

Con la novella viene stabilito esplicitamente che i crediti prededucibili sono:

- crediti che siano qualificati da una specifica disposizione di legge, anche se con termini diversi ma da significato equipollente;
- crediti sorti in occasione della procedura, ovvero rapporti posti in essere dal curatore o dagli altri organi concorsuali per il compimento degli atti del fallimento;
- crediti che data la loro strumentalità sono in grado di accrescere l'interesse della massa dei creditori.

La definizione originaria invece definiva come crediti prededucibili tutti quelli sorti per il pagamento delle spese, comprese le spese anticipate dall'erario, i debiti contratti per l'amministrazione del fallimento o per l'eventuale esercizio provvisorio.

1.1 CREDITI PREDEDUCIBILI

I crediti prededucibili sono dei “debiti verso la massa” i quali ai sensi dell'art. 111 n.1 della legge fallimentare devono essere soddisfatti in via prioritaria rispetto a tutti gli altri crediti sorti prima dell'apertura della procedura fallimentare.

Il concetto di prededuzione deve essere distinto da quello di prelazione. Se con l'idea di prelazione si intende la preferenza di soddisfazioni di particolari crediti cosiddetti privilegiati rispetto agli altri definiti chirografi; con credito prededucibile intendiamo un concetto di natura procedurale, quest'ultimo infatti avrà diritto di essere soddisfatto con precedenza rispetto a tutti gli altri creditori del concorso, anche se privilegiati.

La prededuzione si configura dunque, come un'operazione contabile mirata a liquidare le somme dotate di tale caratteristiche in maniera immediata, certa ed integrale fatta salva la sola eccezione di un attivo fallimentare insufficiente.

Procedendo con un'attenta analisi di quanto disposto dal legislatore, notiamo inoltre come l'art 111bis dispone che: *“i crediti prededucibili vanno soddisfatti per il capitale, le spese e gli interessi con il patrimonio ricavato dalla liquidazione del patrimonio mobiliare ed immobiliare, tenuto conto delle rispettive cause di prelazione, con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno e ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti”*.

Da ciò si desume facilmente la centralità, nell'ambito della procedura di riparto, della disciplina dello stesso iter procedimentale che conduce all'esecutorietà del progetto di riparto, nonché dei rimedi di impugnazione a favore di coloro che si siano visti ledere un proprio diritto.

Possiamo dunque affermare come la procedura di riparto sia stata uno dei punti cardini della riforma apportata con il d. lgs 5/2006 mirato a snellire la procedura fallimentare ed accrescere il potere del curatore, diminuendo il potere di controllo che il G.D. esercitava sul progetto di riparto.

Sulla base del citato normativo occorre inoltre ricordare che qualora l'attivo fosse insufficiente la distribuzione deve avvenire secondo i criteri di graduazione e proporzionalità, conforme a quanto disposto dalla L.F.¹

1.1.1 “I DEBITI DI MASSA” ANTE RIFORMA

Prima dell'entrata in vigore della riforma delle Legge fallimentare introdotta dal decreto legislativo 5/2006 l'identificazione dei “debiti di massa” avveniva sulla base di tre criteri tra loro combinati:

- strumentale: debiti contratti durante la procedura nell'interesse dei creditori mirati all'acquisizione, amministrazione e liquidazione dei beni di compendio del fallimento;
- cronologico: venivano considerati crediti prededucibili solo quelli sorti dopo la dichiarazione di fallimento (ex nunc);
- soggettivo: i debiti di massa era riconducibili alla sorta attività svolta dagli organi della procedura.

¹ Art. 111 L.F.: Con la nuova formulazione dell'art 111 L.F.: “Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:

- pagamento dei crediti prededucibili;
- pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge;
- pagamento dei creditori chirografari

I debiti di massa, si configuravano dunque come obbligazioni sorte in base alla legge e riconducibili all'attività esercitata dagli organi della procedura. Gli stessi erano dunque caratterizzati da un nesso funzionale rispetto alla ratio della procedura fallimentare. In tale categoria venivano inseriti:

- obbligazioni di natura tributaria sorte dopo l'apertura della procedura, ICI (ora TASI), IMU, imposte di registro, IRAP in caso di esercizio provvisorio, nonché IRES;
- debiti contratti durante l'esercizio provvisorio;
- spese di pubblicità (trascrizione presso pubblici registri), apposizione dei sigilli, spese per comunicazione ai creditori;
- spese per la custodia dei beni di proprietà del fallimento nonché i costi sostenuti per la conservazione della documentazione contabile e/o di vario tipo;
- debiti derivanti da contratti proseguiti dal curatore;
- compenso per gli organi e gli ausiliari della procedura: curatore, eventuali coadiutori, nonché tutti i professionisti nominati per l'esecuzione di particolari attività a favore della procedura quali: avvocati, periti incaricati alla stima dei beni mobili e immobili, consulente del lavoro, notaio, cancellieri incaricato alla redazione dell'inventario.

Atteso quanto sopra era prassi comune della giurisprudenza ritenere che la prededuzione dei crediti sorti durante l'amministrazione straordinaria dovesse essere riconosciuta nella procedura fallimentare mentre negava il riconoscimento alla prededucibilità delle obbligazioni sorte durante la procedura di concordato preventivo.

Le ragioni di questa disparità di trattamento andavano ricondotte alla natura della procedura. Se l'amministrazione controllata ha l'obiettivo di conservare il patrimonio dell'impresa, la procedura di concordato ha come fine la liquidazione dei beni e la soddisfazione dei creditori. Unica eccezione prevista per i concordati era ammessa per i crediti relativi ai compensi degli organi della procedura e ai loro ausiliari nonché per i crediti sorti durante concordati preventivi in cui vi fosse come elemento essenziale la continuazione dell'impresa.

Per concludere, sulla base di quanto descritto fino ad ora, la disciplina della prededuzione era sostanzialmente circoscritta alle spese e ai debiti contratti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se autorizzato e dal curatore per l'amministrazione del fallimento.

Il credito assumeva la qualità di prededucibile solamente in presenza di tre criteri: temporale, soggettivo e funzionale, che identificavano come tale l'obbligazione sorta nel corso della procedura concorsuale per la sole attività svolte dagli organi a favore della massa dei creditori.

I crediti prededucibili erano differenziati dagli altri crediti concorsuali non solamente in ragione della preferenza rispetto ai crediti concorsuali ma anche in ragione delle modalità di

pagamento, la liquidazione infatti avveniva attraverso dei prelevamenti determinati con decreto del G.D. ed era opinione comune che proprio su quest'ultimo aspetto fosse fondata la vera distinzione tra crediti di massa e crediti concorsuali.

I crediti concorsuali dovevano per prima cosa essere accertati attraverso la verifica del passivo e solamente dopo il riparto trovavano soddisfazione.

Trattamento differenziato invece era riservato ai crediti prededucibili, i quali, seguivano un procedimento estraneo al concorso formale, dato che bastava il semplice provvedimento autorizzativo del giudice delegato.

Prima della riforma del 2006 severe furono le critiche da parte della dottrina. Primo motivo di diatriba riguardava il soggetto titolato del potere di accertare i crediti prededucibili, un ramo riteneva che tale compito spettasse al G.D., per altri invece tali crediti dovevano essere accertati attraverso il procedimento di verifica dello stato passivo.

Secondo motivo di scontro riguardava la modalità di pagamento dei crediti di massa, c'era chi riteneva che la liquidazione dovesse avvenire in sede di riparto e chi al contrario riteneva bastasse il provvedimento del G.D..

Ultima diatriba consisteva sulla corretta definizione dei crediti ascrivibili alla categoria dei crediti prededucibili.

Di tutte queste critiche il legislatore con le riforme del 2006 e 2007 ha cercato di eliminare ogni sorta di deficienza, cercando di tracciare una normativa in grado di risolvere ogni dubbio interpretativo attraverso la riformulazione degli artt. 111 e 111 bis, elaborando una definizione dei crediti prededucibili esauriente e precisando modalità di accertamento e soddisfacimento degli stessi.

1.1.2 CREDITI PREDEUCIBILI POST-RIFORMA

Gli interventi di riforma della legge fallimentare susseguirsi a partire dall'anno 2006 hanno profondamente modificato l'ordinamento esistente in materia di prededuzione, introducendo una nuova categoria di crediti in prededuzione superando una volta per tutte i dubbi interpretativi generatisi negli anni.

Oggi si considerano prededucibili tutti quei crediti: *“così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”*. Trovano così collocazione sia le poste creditorie considerate tali da una specifica disposizione di legge, sia tutti quei crediti sorti successivamente all'inizio di una procedura concorsuale, nonché tutte le poste riferibili ad un periodo anteriore all'apertura della procedura, purché inerenti ed utili alla stessa, amalgamando definitivamente la

disciplina che in passato applicava una netta distinzione di trattamento tra crediti sorti pre e post apertura procedurale.

Dall'analisi del nuovo testo² non sembra vi siano dubbi sulla corretta definizione di crediti prededucibili, a differenza del passato dove numerosi erano i dubbi interpretativi a cui dottrina e giurisprudenza sottostavano.

Procedendo con l'analisi della novella apportata dalla riforma del 2006 occorre evidenziare la sostituzione del termine "debiti di massa" con "crediti prededucibili". Tale modifica rappresenta sicuramente la volontà del legislatore di mettere fine ai contrasti interpretativi passati e assecondare, in parte, la volontà della giurisprudenza mirata ad accrescere la quantità di crediti inseribili nella categoria appena citata.

Oggetto del presente lavoro sarà pertanto analizzare la nuova normativa cercando di aiutare il lettore nella concezione del nuovo testo.

1.1.2.1 CREDITI PREDEDUCIBILI QUALIFICATI DA SPECIFICA DISPOSIZIONE DI LEGGE

Come già annunciato precedentemente, con la novità introdotte dal nuovo art 111 L.F. il legislatore ha risolto numerosi dubbi interpretativi derivanti che si erano creati con i precedenti disposti.

Attraverso la riforma del 2006, infatti, è stato esplicitato nel c.1 il riferimento ai crediti prededucibili qualificati da "specifica disposizione di legge".

In tale categoria trovano dunque collocazione: il credito del locatore dell'immobile ad un equo indennizzo per anticipato recesso del curatore ex art 80 L.F., il credito ex art 103 L.F. all'integrale pagamento del valore della cosa a favore del soggetto terzo che avrebbe avuto titolo alla restituzione, quando la cosa, già in possesso del fallito sino all'apposizione dei sigilli, sia stata successivamente dispersa; e ancora, il credito all'equo indennizzo per lo scioglimento del contratto d'affitto d'azienda³

In tema di amministrazione straordinaria invece, a seguito dell'introduzione dell'art 52, d. lgs. 270/1990, la normativa stabilisce che i crediti sorti per la continuazione dell'esercizio d'impresa e la gestione del patrimonio durante la procedura possano trovare soddisfazione in prededuzione qualora la procedura si tramuti in fallimento.

² [omissis] "Sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge, tali crediti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n.1"

1.1.2.2 CASI DI PREDEDUCIBILITA' EX D.L. 78/2010

Con l'emanazione del d.lgs 78/2010, poi convertito nella legge n.122/2010 sono stati apportati ulteriori emendamenti, uno su tutti l'introduzione l'art 182^{quarter}, il quale disciplina nuove poste attive iscrivibili alla categoria di crediti prededucibili:

- crediti per finanziamenti erogati da banche o intermediari in esecuzione di un concordato preventivo o accordo di ristrutturazione dei debiti omologato;
- crediti per finanziamenti effettuati da banche o intermediari se previsti dal piano di attestazione o per accordi di ristrutturazione⁴ del debito, a condizione che la prededuzione sia disposta dal Tribunale nel provvedimento con la quale viene accolta la domanda di ammissione al concordato (omologa);
- crediti per finanziamenti effettuati dai soci, in esecuzione di un concordato preventivo o accordo di ristrutturazione del debito, nella misura dell'80%;
- crediti per i compensi del professionista incaricato ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, anche in tal caso occorre che la prededuzione sia disposta dal Tribunale.

1.1.2.3 CASI DI PREDEDUCIBILITA' EX D.L. 83/2012

Il d.l. 83/2012, sulla scia del d.l. 78/2010 prosegue la volontà innovativa con ulteriori novellazioni.

Con la modifica dell'art 161 c.7 L.F. sono considerati prededucibili, ex art 111 L.F.,

- i crediti di terzi sorti per effetto degli atti di ordinaria amministrazioni compiuti dal debitore dopo il deposito del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo. I crediti di terzi sorti per atti di straordinaria amministrazione diventano prededucibili solamente se il Tribunale ha autorizzato lo svolgimento di tali atti;

con la modifica dell'art 182^{quarter} si considerano prededucibili:

- crediti sorti per finanziamenti in esecuzione di concordato preventivo o accordo di ristrutturazione del debito omologato indipendentemente dalla forma e dal soggetto erogatore;
- crediti per finanziamenti, erogati da qualunque soggetto, se previsti dal piano di attestazione o per accordi di ristrutturazione del debito, a condizione che la prededuzione sia disposta dal Tribunale nel provvedimento con la quale viene accolta la domanda di ammissione al concordato (omologa);

⁴ Finanziamenti ponte: "fondi erogati dai soci del debitore per consentire a quest'ultimo di presentare la domanda di concordato o il ricorso per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione"

- crediti per finanziamenti effettuati dai soci, in esecuzione di un concordato preventivo, di accordo di ristrutturazione del debito e per quelli erogati in funzione della presentazione della relativa domanda di ammissione al concordato preventivo e di omologazione dell'accordi di ristrutturazione del debito, fermo restando il limite di prededuzione dell'80% dell'intero credito e prevedendo che, tali disposizioni trovino applicazione anche nel momento in cui il finanziatore abbia acquisito la qualifica di socio in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione del debito;
- la predeucibilità dei crediti derivanti dai compensi del professionista incaricato ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, non è più subordinata all'espressa previsione da parte del Tribunale, così come stabilito dall'art 33 c.1 D.L. 83/2012, il quale ha abrogato l'art 182^{quarter} c.4⁵.

Secondo quanto disposto dall'art 182^{quinquies} il debitore, anche in seguito al deposito della domanda prenotativa di concordato preventivo, ha la possibilità di contrarre finanziamenti prededucibili ex art 111 L.F., c.d. "finanziamenti interinali"⁶.

La prededucibilità dei finanziamenti interinali richiede:

- espressa autorizzazione del tribunale;
- verifica del fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione del concordato;
- attestazione, da parte di un professionista -in possesso dei requisiti previsti dall'art 67 c.3⁷ – scelto dal debitore, della funzionalità del finanziamento ad accrescere il soddisfacimento dei creditori.

Viene inoltre concessa al debitore che richiede domanda di concordato preventivo con continuità aziendale, domanda di omologazione o proposta di accordi di ristrutturazione del debito, la possibilità ex art 182^{quinquies} c.4 e c.5, di chiedere al Tribunale l'autorizzazione al pagamento di crediti anteriori derivanti da prestazioni di beni o servizi.

Come per i finanziamenti interinali, la possibilità di liquidare i crediti anteriori richiede l'attestazione, da parte di un professionista, che dimostri la funzionalità del pagamento alla

⁵ art 33 c.1 D.L. 83/2012, il quale ha abrogato l'art 182 ^{quarter} c.4⁵ [omissis] "Sono altresì prededucibili i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli art^{oli} 161, terzo comma, 182-bis, primo comma, purché ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato"

⁶ Finanziamenti interinali: "ai sensi dell'art 182-^{quinquies}, sono interinali tutti quei finanziamenti che vengono erogati tra la data di presentazione della domanda e l'omologa"

⁷ dall'art 67 c.3 lett.d: "professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) ai sensi dell'articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civile" [omissis]

prosecuzione dell'attività d'impresa e all'accrescimento della soddisfazione dei creditori concorsuali.

Il pagamento dei crediti anteriori alla domanda di concordato autorizzati dal Tribunale è immune all'azione revocatoria ex art 67 L.F..

1.1.2.4 PREDEDUCIBILITA' DEI CREDITI SORTI IN OCCASIONE E IN FUNZIONE DELLE PROCEDURE CONCORSUALI.

Continuando nell'analisi dell'art 111 L.F., il legislatore individua tre autonome e distinte ipotesi di prededucibilità: legale, occasionale e funzionale.

Se per l'ipotesi legale si è discusso nel precedente paragrafo, nelle prossime righe si cercherà di istruire il lettore analizzando la prededucibilità dei crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali.

La valutazione di questa categoria risulta alquanto complessa, per il semplice fatto che occorre osservare innanzitutto, la possibilità di ricondurre sul piano logico, all'interno di questa macro categoria, tutte le spese e i debiti sorti durante l'amministrazione e la gestione del fallimento.

Le attività poste in essere dagli organi della procedura non avverrebbero qualora il legislatore non consentisse a tali organi di porre in essere nuovi rapporti giuridici di contenuto economico autonomo, dai quali scaturiscono crediti che richiedono una maggiore tutela rispetto a quella concessa ad altri.

Basti considerare, ad esempio, le spese di pubblicità presso i pubblici registri sostenute a seguito dell'apertura della procedura fallimentare: i costi di notifica e di registrazione della sentenza dichiarativa di fallimento; le spese per l'apposizione dei sigilli presso i beni di proprietà del fallito, oltre alle spese riconducibili alla gestione, conservazione e alla riparazione del compendio mobiliare e immobiliare dello stesso.

Vanno inoltre considerati prededucibili, i costi sostenuti per l'inventario dei beni, ivi compresi quelli derivanti dalla nomina dello stimatore incaricato, le spese di apertura di conti corrente, il pagamento del contributo unificato, eventuali spese di gestionali software e per le comunicazioni di ogni tipo (comunicazione ex art 92 L.F.) oltre alle uscite affrontate dalla procedura per la verifica del passivo e la prosecuzione di eventuali procedimenti giudiziario pendenti in capo al fallito.

In tale categoria possono trovare collocazione anche eventuali obbligazioni sorte a seguito della continuazione di un rapporto contrattuale da parte del curatore, le spese di giustizia per le azioni avviate dalla procedura, spese per rendiconto, riparto nonché le spese pubblicitarie per la vendita dei beni di compendio della procedura.

Fondamentale è poi includere il compenso del curatore e per tutti gli altri soggetti incaricati dalla procedura a svolgere attività professionali mirate ad accrescere l'utilità per la massa dei creditori (legali, periti, consulenti del lavoro).

Atteso quanto sopra, occorre ricordare che tutte le spese riguardanti indennità e risarcimenti, che la procedura è tenuta a corrispondere in caso di comportamenti dolosi o colposi da parte degli organi della procedura, dovranno essere liquidati in prededuzione.

Per concludere è giusto affermare che, con le novellazioni introdotte con l'art 111 e 111bis il riconoscimento della qualifica di prededucibile ad una posta attiva è legato all'esistenza di un nesso di tipo occasionale e funzionale alla procedura, valorizzando non più il solo legame temporale, ma dando estremo valore al rapporto strumentale tra credito e procedimento.

In passato infatti, gran parte della dottrina riteneva che eventuali debiti sorti durante le procedure minori, come ad esempio un concordato, non potessero essere iscritti nella categoria dei crediti prededucibili. Tale scelta era fortemente influenzata dalle finalità della procedura stessa, che nulla aveva a che vedere con la procedura fallimentare.

Tale tesi è stata superata con la riforma del 2006, attraverso l'affermazione di un duplice principio che permette una netta separazione tra spese utili all'imprenditore e spese utili alla massa contratte nel corso della procedura minore, stabilendo che solamente queste ultime debbano godere del beneficio della prededuzione ex art 111 L.F. nel caso in cui la procedura sfoci in fallimento.

Il riconoscimento della prededucibilità dei crediti sorti in occasione ed in funzione della procedura concorsuale si fonda, quindi, sull'evidente presupposto che tanto le procedure concorsuali minori tanto quelle fallimentari sono finalizzate ad affrontare la crisi d'impresa.

Atteso ciò, e considerato che il fine di tutte le procedure risulta il medesimo, ovvero risolvere una crisi imprenditoriale, appare scontato che il trattamento riservato a tutte le poste creditorie sia in ambito fallimentare, sia quando le obbligazioni riguardano crediti connessi occasionalmente e funzionalmente alla procedura concorsuale debba essere elaborato ad hoc.

Chiara anche se non esplicita, è la ratio di tale deroga al principio della par condicio per i crediti sorti in occasione o in funzione di precedenti procedure concorsuali, ovvero la volontà di incentivare il ricorso a soluzione della crisi d'impresa differenti dalla liquidazione fallimentare.

L'obiettivo del nuovo disposto è dunque quello di garantire il superamento della crisi d'impresa al di fuori della procedura concorsuale, salvaguardando l'attività imprenditoriale e garantendo un maggior soddisfacimento dei creditori concorsuali.

1.2 ACCERTAMENTO DEI CREDITI PREDEDUCIBILI

Secondo la regola generale dettata dall'art 111 L.F. tutti i crediti prededucibili anche se sorti dopo l'udienza fissata per la verifica dello stato passivo⁸, devono essere accertati con le modalità indicate al Capo V. Vengono dunque sottoposti alla verifica dinanzi al giudice delegato ex artt. 96 e ss L.F. ad eccezione dei crediti non contestati per collocazione e ammontare, anche se sorti durante l'esercizio provvisorio, e per quelli sorti a seguito di provvedimenti di liquidazione dei compensi a favore di soggetti nominati ex art 25 L.F..

Con tale innovazione, il Legislatore va a recepire, una soluzione già da tempo argomentata dalla dottrina⁹ e dalla giurisprudenza di legittimità¹⁰ ed un principio preesistente alla riforma desumibile dalla correlazione tra art 111 L.F. l'art 52, il quale stabiliva che i crediti prededucibili dovevano essere pagati con decreto motivato del G.D.

L'onere dell'apposita istanza d'insinuazione al passivo e dell'accertamento, anche per i crediti prededucibili, va ricondotta alla trasparenza ed uniformità nella ripartizione, il tutto a vantaggio della tutela del creditore.

Attraverso l'insinuazione inoltre è possibile velocizzare le operazioni di riparto dal momento che, il curatore da una semplice analisi dello stato passivo, riesce ad avere una visione immediata e completa dei crediti, con il grado della loro eventuale prelazione (art 96 c.2 L.F.).

L'utilità del disposto finora analizzato va inoltre posto in relazione con l'art 102 L.F..

Qualora il curatore accerti la mancanza di attivo da distribuire ai creditori concorsuali, il Tribunale, sentiti il comitato dei creditori ed il fallito, può decidere di non dar luogo all'accertamento del passivo per i crediti concorsuali, decidendo di liquidare i soli crediti prededucibili e le spese di procedura.

1.3 ECCEZIONI ALLA REGOLA DI ACCERTAMENTO DEI CREDITI PREDEDUCIBILI

Le obbligazioni assunte dal curatore per l'amministrazione e gestione della procedura godono di un rilevante grado di certezza. Sulla base di ciò, il legislatore ha deciso di prevedere alcune

⁸ Come disposto a seguito abrogazione del c.2 ad opera del d.lgs. n.169/2007

⁹ *PROVINCIALI*, Trattato di diritto fallimentare, III, Milano, 1974, 1654; *ZOPPELLANI*, sub art 111bis, in *Il Nuovo Fallimento*, a cura di F. Santangeli, 2006, 548

¹⁰ Cass. 27.03.2008, n.7967

eccezioni alla regola del preventivo accertamento dei crediti prededucibili, facendo sì che l'accertamento non sia più elemento imprescindibile ma meramente eventuale.

La prima eccezione regola i crediti non contestati per allocazione ed ammontare, anche se sorti durante l'esercizio provvisorio.

Affinché un credito si consideri non contestato esso deve essere classificato tale dal curatore, dal G.D o dal comitato dei creditori.

Non sono ritenuti legittimati dalla dottrina gli altri creditori. Non esiste, infatti, alcun obbligo del curatore di avvisarli dell'esistenza di una domanda di credito prededucibile ne tanto meno è regolato un particolare istituto che permetta loro di opporsi.

La dottrina contraria richiama, invece, l'assenza di particolari disposizioni in merito, soprattutto nel caso di crediti sorti durante l'esercizio provvisorio.

Contro l'eventuale provvedimento del G.D. o l'atto del curatore che liquidi i crediti non contestati, i creditori possono formulare le loro contestazioni con reclamo ai sensi dell'art 26 L.F. nel primo caso e ex art 36 L.F. nel secondo.

La seconda eccezione si riferisce a crediti non contestati sorti a seguito del decreto di liquidazione dei compensi emanato dal G.D. ai sensi dell'art 25 n. 1-7. In tal caso l'accertamento in sede di analisi dello stato passivo sarebbe del tutto superfluo e anti economico dal momento che è già stato vagliato dal G.D.¹¹.

1.3.1 Novelle art 111 bis L.F.

Con l'abrogazione del c.2 dell'art 111bis L.F. vengono recepite le osservazioni critiche esposte della dottrina che aveva evidenziato un difetto di coordinamento tra gli artt. 111bis e 101 L.F.. Mentre quest'ultimo, disciplinante le domande di ammissione dei crediti tardivi, si riferisce a quelli insinuati in un termine inferiore a 30 giorni prima dell'adunanza, l'art 111 bis c.2 L.F. considerava come crediti tardivi prededucibili quelli sorti dopo la chiusura dell'adunanza per la verifica dello stato passivo ovvero dopo l'udienza alla quale essa sia stata differita.

Con l'intervento correttivo è stata dunque tracciata una nuova linea stabilendo che i creditori prededucibili insinuati tardivamente sono soggetti del disposto dell'art 101 L.F..

¹¹ Cass. 13.7.07 n.15671, 2008, 655 con nota di Trentini: "Due recenti pronunce della Suprema Corte chiariscono che soltanto il debito del fallimento verso la massa dei creditori – e non il debito del fallimento verso il professionista che abbia agito per conto del medesimo – deve essere verificato attraverso il procedimento di cui agli artt. 93 e 101 L.F., previo accertamento del passivo e avvalendosi dello strumento dell'insinuazione"

1.4 SODDISFACIMENTO DEI CREDITI PREDEDUCIBILI

Le modalità di soddisfazione dei crediti prededucibili seguono un percorso differente rispetto a quello tracciato dagli artt 53 e ss L.F. per i crediti soggetti al concorso.

Secondo quanto disposto al c.2 art 111 L.F., tutti i crediti prededucibili vanno soddisfatti per capitale, spese ed interessi, attraverso le somme ricavate dalla liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare tenuto conto delle rispettive cause di prelazione.

Tale criterio, trova ulteriore conferma nell'ultimo comma dell'art 111 bis L.F., il quale stabilisce che: "se l'attivo è insufficiente, la distribuzione deve avvenire secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge".

Tali crediti saranno pertanto soddisfatti tenendo conto delle rispettive cause di prelazione, della loro eventuale natura privilegiata e della relativa graduazione (sia nell'ipotesi di crediti non contestati che contestati).

Quanto agli interessi¹² derivanti da poste prededucibili, il loro regime non è soggetto a trattamento peculiare, come accade per i creditori privilegiati e chirografi.

Gli interessi che risarciscono il creditore a seguito della mancata liquidazione per insussistenza di denaro vengono regolati nell'art 1282c.c..

Questi ultimi decorrono fino alla data dell'effettivo pagamento e non, come avviene per i crediti assistiti da cause di prelazione, con la data della vendita dei beni oggetto di garanzia del credito stesso.

L'appena citata decorrenza degli interessi durante il corso della procedura dovrebbe indurre i curatori a seguire prassi virtuose, cercando di liquidare tali poste il più sollecitamente possibile.

Nell'ipotesi in cui il curatore non abbia tempestivamente provveduto al pagamento del credito, pur in presenza di attivo sufficiente, non sarà possibile applicare interessi di mora. Secondo il prevalente orientamento, non è possibile riconoscere una mora in capo al fallimento¹³, anche se in alcune circostanze la giurisprudenza di merito e la dottrina si sono espresse in senso contrario¹⁴ riconoscendo al creditore gli interessi di mora¹⁵.

¹² U. APICE, *Interessi e prededuzione*, in *Tutela dei creditori e terzi nelle procedure concorsuali*, Padova, 1989, 129

¹³ M. FERRO, *Le insinuazioni al passivo*, Padova, 2005, 474; G. BOZZA e G. SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, 310.

¹⁴ Cass, 27.03.1993, n.3728

¹⁵ Trib Milano, 14.4.86, 18987, 336, per i debiti contratti nel corso dell'esercizio provvisorio. In dottrina ammettono incondizionatamente il riconoscimento degli interessi di mora ex art 1224 c.c..

1.5 MODALITA' DI SODDISFAZIONE DEI CREDITI PREDEDUCIBILI

Il pagamento dei crediti prededucibili può avvenire utilizzando l'attivo realizzato dalla liquidazione dei beni immobiliari e mobiliari di compendio della procedura.

Sulla questione occorre però richiamare l'art. 109, c.2 L.F. secondo cui *“il tribunale stabilisce con decreto la somma da attribuire, se del caso, al curatore in conto del compenso finale da liquidarsi a norma dell'art. 39. Tale somma è prelevata sul prezzo” della vendita dei beni immobili “insieme alle spese di procedura e di amministrazione”*. Il riferimento va anche all'art. 110, c.1 L.F., l. fall., secondo cui il curatore, nel presentare, ogni quattro mesi, il prospetto delle somme disponibili ed il progetto di ripartizione delle medesime, deve riservare “quelle occorrenti per la procedura”, ed all'art. 113, c.2 L.F., che prevede che nelle ripartizioni parziali non si possa distribuire più dell'80% delle somme disponibili e si debbano trattenere le somme ritenute necessarie per le spese future, onde soddisfare il compenso al curatore ed ogni altro debito prededucibile, eventualmente riducendo la quota da ripartire qualora il 20% delle somme disponibili apparisse insufficiente.

Nel caso in cui le somme prelevate ed accantonate siano incapienti, il curatore potrà richiedere l'anticipazione delle spese dall'erario, a condizione che, le poste in questione si riferiscano a spese giudiziali per atti richiesti dalla legge, a passività riguardanti la sentenza dichiarativa di fallimento nonché ad ogni tipologia di costo propedeutico alla chiusura della procedura.

1.6 I RAPPORTI CON I CREDITI ASSISTITI DA GARANZIA REALE

Come già precedentemente annunciato, dall'attivo realizzato è obbligatorio decurtare quanto ricavato dalla vendita dei beni, mobili ed immobili oggetto di garanzia.

La norma in ogni caso stabilisce che vi possano essere delle deroghe a tale assunto nel caso in cui:

- le passività si riferiscano ad attività dirette ad accrescere il valore degli stessi beni (pignorati o ipotecati);
- poste che abbiano arrecato beneficio al creditori privilegiato;
- tutti gli oneri sostenuti dalla procedura per l'amministrazione e liquidazione degli stessi beni oggetto di garanzia.

A questi va in ogni caso aggiunta un'aliquota delle spese generali, la quale, nel rispetto della par condicio deve gravare anche sui beni assoggettati a garanzia reale.

Per una corretta imputazione delle spese prededucibili il legislatore ha imposto al curatore l'obbligo di istituire i conti speciali ed autonomi così come previsto nell'art. 111 *ter* l. fall.

Nel c.3 viene stabilito infatti che, con il ricavato dalla liquidazione di immobili ipotecati e mobili pignorati, vadano liquidate tutte le passività di carattere specifico e una quota delle spese generali imputabili a ciascun bene o gruppo di beni attraverso un criterio proporzionale.

Il creditore ipotecario, come ciascun altro creditore, deve sopportare, in parte, l'onere di tutte quelle particolari spese che occorrono per corrispondere il compenso del curatore.

La soddisfazione del creditore ipotecario avviene grazie alle attività poste in essere dal curatore, il quale, attraverso l'amministrazione e la liquidazione dei beni ipotecati accresce o nella peggior delle ipotesi massimizza il valore ricavabile dai beni in questione

Tra le ulteriori attività poste in essere dal curatore e che accrescono l'utilità del creditore va inserita la verifica ed eventuale ammissione al passivo del credito ipotecario, attività indispensabile affinché il creditore possa partecipare al concorso e riesca a far valere il proprio diritto di prelazione sul ricavato dei beni soggetti ad ipoteca.

Attraverso tale soluzione equilibrata, si garantisce la par condicio creditoria facendo sopportare ai creditori titolari di garanzie reali le spese prededucibili specificamente sostenute nel loro interesse, e evitando di scaricare l'intero peso della prededuzione in capo ai creditori che, date le caratteristiche del loro credito, vengono soddisfatti per ultimi.

1.7 IL PAGAMENTO DELLE SPESE AL DI FUORI DEL RIPARTO

Per i creditori ai quali è stata riconosciuta la prededuzione è prevista la partecipazione nell'ordinario progetto di ripartizione nel caso in cui il loro credito:

- sia sorto prima della dichiarazione di fallimento e, quindi in una procedura concorsuale minore, sfociata poi nel fallimento;
- non sia liquido, esigibile o sia stato contestato, quindi, accertato nell'ambito del procedimento comune;
- se l'attivo disponibile sia presumibilmente insufficiente a soddisfare integralmente tutti i creditori prededucibili, di modo che, nel riparto, ognuno possa partecipare alla graduazione e far valere l'interesse alla più vantaggiosa collocazione.

La posta in prededuzione trova invece una liquidazione al di fuori del riparto nel caso in cui:

- è sorto nel corso del fallimento o nel corso dell'esercizio provvisorio, essendo l'esercizio dell'impresa, in pendenza del fallimento, una delle possibili modalità di svolgimento della procedura concorsuale;
- è liquido, esigibile e non contestato per collocazione e per ammontare. La condizione

ricorre anche quando l'originaria contestazione abbia trovato una soluzione;

- vi sia attivo presumibilmente sufficiente a soddisfare integralmente tutti i titolari di tali crediti.

Viene rimesso in capo al curatore il compito di verificare, attraverso un'analisi previsionale, se l'attivo sia sufficiente a consentire la liquidazione di tali crediti al di fuori della logica del riparto, tenuto anche conto di quanto annotato nel programma di liquidazione di cui all'art. 104 *ter* L.F..

Il curatore si troverà davanti ad problema derivante dal fatto che se sulla base di quanto disposto dagli artt. 111 e 111bis è prevista la stessa modalità di accertamento per tutti i crediti iscrivibili nella categoria dei crediti prededucibili, ed è stata stabilita un'ingiustificata differenziazione in sede di soddisfazione.

Da quanto si desume dall'art 111bis, i crediti prededucibili sorti prima della dichiarazione di fallimento non devono essere sottoposti al procedimento di accertamento se non contestati.

Per contro, c.4., di cui si è appena discusso, nel regolare il pagamento al di fuori del riparto, fa riferimento ai soli crediti prededucibili sorti durante la procedura di fallimento, nel rispetto degli altri requisiti.

Il d.lg. n. 169/2007 con la soppressione del c.3. - che prevedeva che il curatore dovesse essere autorizzato ad eseguire il pagamento dal comitato dei creditori ovvero dal giudice delegato se l'importo eccedeva i 25.000 euro – rende alternativa la scelta del curatore di farsi autorizzare dal comitato dei creditori o dal giudice delegato per poter effettuare pagamento di tutti i crediti prededucibili, senza distinzione di valore.

Secondo però parte della dottrina la norma non consentirebbe al curatore di scegliere liberamente il soggetto incaricato ad autorizzare il pagamento. Essa piuttosto rinvierebbe al disposto dell'art. 41 L.F., secondo il quale gli atti del curatore sono autorizzati dal comitato dei creditori e, solo in via sussidiaria (cioè nei casi previsti dall'art 41 c.4 L.F.), dal giudice delegato.

Ritornando alla soluzione prevalente va comunque detto che nell'ipotesi in cui sia il comitato dei creditori ad autorizzare il pagamento, non viene meno il controllo da parte del G.D. Ai sensi dell'art 34 c.4 L.F. il curatore è tenuto, in sede di pagamento, a presentare alla banca una copia conforme del mandato del giudice che, quindi, si rende sempre necessario¹⁶.

La più attenta dottrina, sul punto, ha evidenziato che la scelta discrezionale del curatore, tra un organo e l'altro, produce inevitabilmente effetti anche nella sfera della tutela

¹⁶ Per semplificare e velocizzare i pagamenti, il Tribunale di Padova permette ai curatori di procedere con il pagamento delle prestazioni relative alle pubblicità legali, nonché il versamento dei tributi senza specifica autorizzazione del G.D..

giurisdizionale. Infatti, nell'ipotesi di diniego delle autorizzazioni o di parziali autorizzazioni si applica, da una parte, l'art. 26 L.F. (se è stato interpellato il giudice delegato), dall'altra l'art. 36 L.F. (se si tratta del comitato dei creditori), con tutte le problematiche che ne derivano.

1.8 CONFLITTO TRA CREDITI PREDEDUCIBILI IN ASSENZA DI ATTIVO

Nell'ipotesi in cui l'attivo realizzato non consenta l'integrale pagamento dei crediti prededucibili la distribuzione deve avvenire secondo il criterio della graduazione e della proporzionalità e nel rispetto dell'ordine assegnato dalla legge.

Al curatore spetta il compito di prendere in considerazione le cause di prelazione che possono assistere alcuni di essi, nell'ambito di un normale procedimento di riparto; i crediti di pari grado debbono essere soddisfatti *pro quota*, in proporzione dell'ammontare di ognuno di essi.

Nell'ipotesi remota in cui il curatore non abbia tenuto conto delle rispettive cause di prelazione, sulla base di quanto disposto dall'art. 110 L.F., trova applicazione l'art. 36 L.F. regolate le modalità con la quale i creditori interessati possono impugnare il progetto di distribuzione.

Nel caso in cui il pagamento sia avvenuto al di fuori del riparto, il reclamo non è possibile. L'eventuale creditore con prelazione di grado rimasto insoddisfatto potrà agire nei confronti del curatore per il risarcimento del danno e/o del creditore favorito per ottenere la restituzione di quanto questi abbia ingiustamente percepito.

Secondo parte della dottrina in tale ipotesi il curatore, per effetto dell'indebito pagamento, assumerebbe una responsabilità contrattuale nei confronti del creditore danneggiato con termine decennale di prescrizione dell'azione; secondo altra tesi la responsabilità sarebbe di natura extracontrattuale. Sembrerebbe invece da escludersi, un'eventuale responsabilità del G.D..

Tale concezione deriverebbe dai minori poteri riservatigli nel controllo dell'attività del curatore, soprattutto in ordine alla possibilità di apportare variazioni al progetto di riparto.

Va detto, infine, che il principio di irripetibilità dei pagamenti effettuati in esecuzione dei piani di riparto (art. 114 L.F.) non opera tra i creditori, ma solo tra il fallimento ed il beneficiario del pagamento. Non vi sono, quindi, limiti temporali all'azione di un creditore nei confronti di un altro indebitamente arricchitosi a causa dell'errore del curatore.

Per concludere, l'ultimo punto oggetto di analisi riguarda l'esistenza di strumenti coercitivi utilizzabili dai creditori di massa nel caso in cui il curatore non soddisfi le loro pretese.

Una prima ipotesi consiste nel proporre domanda di ammissione al passivo, anche se lo strumento non è del tutto idoneo a garantire il diritto di credito maturato nei confronti della procedura.

L'ipotesi del decreto ingiuntivo non è auspicabile, né tanto meno il creditore può attendere che l'adempimento avvenga attraverso il meccanismo dei progetti di ripartizione. Se, ad es., il curatore subentra in un contratto di locazione quale conduttore, è accertato che debba pagare il canone mensile alla scadenza pattuita. Pertanto se il curatore non ha sufficiente attivo non deve per alcun motivo contrarre il debito.

L'eventuale credito prededucibile rimasto insoddisfatto al termine della procedura può essere fatto valere nei confronti del debitore tornato *in bonis*, ai sensi dell'art. 120 c.3 L.F., perdendo la qualifica di credito prededucibile, in quanto è venuto meno ogni tipo di collegamento con la procedura fallimentare.

1.9 CREDITI ASSISTITI DA PRELAZIONE

L'art. 111^{quater} L.F., nel disciplinare il trattamento dei crediti prelatizi, fornisce una garanzia maggiore rispetto al passato ed elimina i numerosi dubbi interpretativi che si erano creati.

La nuova normativa riesce inoltre a creare un coordinamento tra le norme sulla distribuzione dell'attivo (artt. 111 e 111^{ter} L.F.) e quelle relative al concorso dei creditori muniti di prelazione (artt. 54 e 55 L.F.).

Ai fini di una corretta applicazione, quanto stabilito per la distribuzione dell'attivo ed il concorso dei creditori muniti di prelazione va contestualizzato con quanto previsto dal codice civile e dalle leggi speciali in tema di pegno ed ipoteca.

Il Curatore, una volta liquidati i crediti prededucibili, dovrà dividere le somme da distribuire in masse distinte a seconda della natura mobiliare o immobiliare dei beni liquidati¹⁷, per poi procedere alla graduazione dei crediti¹⁸, al fine del loro soddisfacimento.

1.10 CREDITI ASSISTITI DA PRIVILEGIO GENERALE

Ai sensi di quanto stabilito dalla legge fallimentare, il privilegio generale prevale su quello speciale (per capitale, interessi e spese).

¹⁷ SILVESTINI, sub art. 111^{quater}, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, I, Torino, 2006, 693 e sub art. 111^{quater}, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, II, Torino, 2010, 1579

¹⁸ G. BOZZA, *Le norme di chiusura del sistema dei privilegi*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienza applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da Jorio e Fabiani, I, Torino, 2010, 658 ss.

Sulla base di tale assunto, il soddisfacimento dei crediti assistiti da privilegio generale di grado anteriore non avviene solamente con l'attivo realizzato dalla vendita dei beni gravati da questo tipo di privilegio, ma viene ripartito in capo a tutta la massa mobiliare.

Per concludere, il privilegio generale:

- è tipicamente mobiliare, salva la sola eccezione regolata all'art. 2776 c.c., il quale stabilisce che, qualora l'esecuzione su beni mobili sia infruttuosa, è contemplata la possibilità, in maniera sussidiaria, di soddisfare tali creditori muniti di privilegio generale attraverso l'attivo realizzato dalla vendita dei beni immobili, con preferenza rispetto ai creditori chirografi;
- si riferisce all'intero patrimonio mobiliare del debitore, comprendendo anche tutti i valori che contribuiscono ad accrescerne (ad es.: i beni sopravvenuti) o a diminuirne (ad es.: le alienazioni) il valore. È dunque opportuno evidenziare come il disposto di cui al c.1 dell'art. 111quater, in caso di incapienza, estingua le garanzie vantate dai creditori dotati di privilegio speciale, ammettendoli al riparto in via chirografaria.

1.11 I CREDITI GARANTITI DA IPOTECA E PEGNO E QUELLI ASSISTITI DA PRIVILEGIO SPECIALE

Ai sensi del c.2 art. 111quater L.F. i crediti garantiti da ipoteca e pegno e quelli assistiti da privilegio speciale¹⁹ (sia mobiliare che immobiliare) hanno diritto di prelazione per capitale, spese ed interessi, nei limiti degli artt. 54 e 55 L.F., sul prezzo ricavato dall'alienazione di beni vincolati alla loro garanzia.

Atteso ciò, si configura la necessità di dar luogo ad una graduatoria per ciascuna massa, tenendo conto che il pegno prevale sul privilegio speciale mobiliare (art. 2748, c.1., c.c.), salvo quello derivante dalle spese di giustizia (art. 2777, c.1., c.c.).

In relazione ai crediti con garanzia immobiliare, nell'ipotesi di pluralità di immobili, occorre *“procedere a tante graduatorie quanti sono i cespiti liquidati, con una pluralità di sottomasse in ognuna delle quali si forma una graduatoria, secondo il grado previsto dalla legge. Qualora, quindi, un medesimo bene sia destinato a soddisfare più crediti, i creditori assistiti da privilegio speciale sono al vertice delle graduatorie e prevalgono sui creditori ipotecari*

¹⁹ Secondo quanto disposto dal codice civile, il privilegio speciale immobiliare si costituisce sui beni immobili di proprietà del debitore.

Sui beni immobili di proprietà del fallito hanno privilegio i crediti per le spese di giustizia fatte per atti conservativi o per l'espropriazione di beni immobili nell'interesse comune dei creditori (art. 2770 c.c.).

Vanno poi annotati i crediti dello Stato per vari tipi di imposta sul reddito e anche per alcuni tributi indiretti (artt. 2771 e 2772 c.c.).

(art. 2748, c.2., c.c.) anche se l'ipoteca è stata iscritta anteriormente, salve le eccezioni rappresentate dai crediti dello Stato per alcuni tributi indiretti relativi all'immobile (art. 2772 c.c.) e per la concessione di acque, tutti posposti all'ipoteca (art. 2774 c.c.).

Nella formazione della graduatoria il giudice dovrà seguire l'ordine stabilito dall'art. 2780 c.c. e, per i creditori ipotecari, il grado dell'ipoteca”.

Ai creditori ipotecari in caso di infruttuosa esecuzione sui mobili, seguono poi:

- i crediti relativi al trattamento di fine rapporto nonché all'indennità di cui all'art. 2118 c.c.;
- i crediti indicati dagli artt. 2751 e 2751 bis c.c. ed i crediti per contributi dovuti a istituti, enti o fondi speciali;
- i crediti dello Stato, indicati dal terzo comma dell'art. 2752 c.c..

1.11.1 IL PRIVILEGIO SUGLI ACCESSORI

L'art. 111^{quater} L.F., inoltre, sancisce espressamente il principio secondo cui anche i creditori assistiti da privilegio hanno diritto di prelazione per capitale, spese ed interessi. In particolare, le spese e gli interessi, qualora siano già stati ammessi al passivo, sono riconosciuti nello stesso rango del capitale, entro i limiti di cui agli artt. 54 e 55 L.F..

Nel caso in cui, il provvedimento per la richiesta di ammissione – anche soltanto per una mera svista – non li includa (ed il creditore non abbia proposto opposizione), al curatore non sarà più permesso porvi rimedio in sede di riparto²⁰.

Occorre ricordare che grazie agli emendamenti introdotti nell'art. 54 L.F., ora tra le disposizioni richiamate sono inclusi, ai fini dell'estensione della prelazione agli interessi, anche l'art. 2749 c.c. (estensione del privilegio), oltre ai precedenti, già citati, artt. 2788 c.c. (estensione del pegno) e 2855 c.c. (estensione dell'ipoteca), equiparando una volta per tutte la dichiarazione di fallimento all'atto di pignoramento.

“Il legislatore pone così fine ad un netto contrasto dottrinario e giurisprudenziale tra gli assertori dell'applicabilità, pur in assenza di un suo espresso richiamo, dell'art. 2749 c.c. (con l'estensione del privilegio anche agli interessi post-fallimentari) e coloro che, invece, attribuivano agli interessi solo il grado chirografario. Per un verso, infatti, la dottrina riteneva che il giudice dovesse in qualche modo colmare «questa svista del legislatore»; per l'altro, parte della giurisprudenza sosteneva che vi fosse una precisa volontà legislativa di attuare un trattamento differenziato per i creditori privilegiati [cfr Studio Legale Tedioli]”.

Nella precedente normativa veniva senza alcuna ragione, esclusa la possibilità che gli interessi

²⁰ Cass. 13.12.1995 n.12790

maturati su crediti privilegiati potessero essere ammessi al passivo fallimentare in via principale, non rispettando così il principio della par condicio e andando a discriminare i creditori privilegiati che agiscono in sede concorsuale, rispetto a quelli che agivano nel processo ordinario.

Se la quantificazione delle spese e degli interessi maturati sino alla data di dichiarazione del fallimento risulta già indicata nel provvedimento di formazione dello stato passivo, al curatore rimane il solo compito di calcolare quelli post apertura concorsuale.

Dall'importo ammesso in via privilegiata decorreranno gli interessi, che verranno calcolati tenendo conto delle eventuali cause di prelazione che assistono il credito.

Qualora la prelazione sia ricondotta al pegno, gli interessi successivi al fallimento decorrono al tasso convenzionale fino alla scadenza dell'anno in corso alla data del fallimento e successivamente al tasso legale, sino alla data della vendita (art. 2788 c.c.).

Medesimo trattamento è riservato al credito garantito da ipoteca, ad eccezione che il tasso convenzionale sia desumibile dalla nota di iscrizione ipotecaria (art. 2855 c.c.).

Qualora nella nota ipotecaria non sia stato indicato il tasso di interesse, la prelazione non potrà essere riconosciuta, nemmeno al tasso legale.

Come già preannunciato l'estensione della prelazione riconosciuta ai crediti garantiti da ipoteca è assai ampia, in quanto essa può essere applicata ai due anni precedenti alla dichiarazione di fallimento e a quello in corso senza limitazione di tasso (art. 2855 c.c.).

Le ragioni di questo trattamento differenziato trovano giustificazione nel fatto che la maggiore estensione temporale è compensata dall'obbligo di indicare con chiarezza l'ammontare del credito per interessi.

Analizzando invece il credito assistito da privilegio, il legislatore stabilisce che gli interessi maturano dall'apertura della procedura (art. 2749 c.c.) e devono essere calcolati al tasso legale ex art 1284 c.c.(indipendentemente dal fatto che eventuali norme speciali possano prevedere tassi più elevati).

Controversa è invece l'estensione della prelazione agli interessi di mora fino al compimento dell'anno in corso alla dichiarazione di fallimento, e nell'ipotesi in cui il curatore abbia ommesso di provvedere tempestivamente al pagamento pur in presenza di un attivo sufficiente. Se parte della dottrina e della giurisprudenza di legittimità, escludono questa eventualità, poiché il ritardo non sarebbe imputabile alla procedura per effetto di quanto previsto dall'art. 44 L.F. l'altro ramo sostiene invece che non sussistano particolari motivi per i quali il creditore debba affrontare tale danno economico a causa dell'inerzia del curatore.

A differenza di quanto trattato finora, in presenza di interessi su crediti pignorati ed ipotecari che eccedano i limiti quantitativi e cronologici stabiliti dagli artt. 2788 e 2855 c.c. non trovano applicazione le norme appena citate né tanto meno ad essi può essere riconosciuta la possibilità di essere soddisfatti in via chirografa.

Il termine dal quale cessa la maturazione degli interessi varia a seconda della tipologia di prelazione che assiste il credito.

Per i crediti pignorati o assistiti da privilegio speciale mobiliare il termine fa riferimento alla data della vendita del bene oggetto di garanzia (ed, in particolare, alla conclusione del contratto *ex* art. 1326 c.c.).

Per i crediti ipotecari o assistiti da privilegio su beni immobili il termine si riferisce alla data del decreto di trasferimento e non a quella dell'aggiudicazione.

In merito ai crediti garantiti da privilegio generale, infine, l'art. 54, c.3 L.F., prevede esplicitamente che gli interessi decorrano fino alla data del deposito del progetto di riparto nel quale il credito venga soddisfatto anche parzialmente.

Si cerca quindi, per evitare di far gravare sulla procedura ulteriori interessi, di stimolare il curatore ad eseguire il più sollecitamente possibile i riparti.

La prelazione si estende anche alle spese, ordinarie per l'intervento nel processo di esecuzione. Mentre non si estende a quelle sopportate per l'accertamento del credito, le quali, pertanto, devono trovare una collocazione in via chirografa.

Prelazione che deve essere indicata nel provvedimento di ammissione al passivo e non può essere riconosciuta, in sede di riparto dal curatore.

Per effetto del richiamo all'art. 54 L.F., sulla base di quanto disposto dall'art. 111^{quater} L.F., i crediti con prelazione su uno specifico bene, qualora l'attivo realizzato dall'alienazione di tali beni non permetta la soddisfazione integrale del credito, concorreranno per il residuo credito in via chirografa.

1.11.2 Riforma d. lgs 5/06

Sulla base del nuovo disposto introdotto dal d.lgs 5/2006, l'estensione del diritto di prelazione non vale più per i soli interessi di cui all'art 2788 e 2855 del codice civile, ma, trova applicazione anche per gli interessi ai sensi dell'art 2749 c.c..

Secondo il nuovo ordinamento, il legislatore nell'intento di rimediare alle critiche proposte da dottrina e giurisprudenza, stabilisce che il decorso degli interessi maturati dai crediti assistiti

da privilegio generale termini con la data di deposito del progetto di riparto dove il credito risulti parzialmente o integralmente soddisfatto.

1.12 REGIME DEI CREDITI ASSISTITI DA CAUSA DI PRELAZIONE

Gli artt. 54-55 e 111^{quarter} regolano i crediti assistiti da cause legittime di prelazione (privilegio, pegno ed ipoteca), cioè da specifici mezzi di tutela del credito, che garantiscono al creditore un titolo preferenziale in caso di procedura esecutiva tutelandone l'eventuale azione recuperativa.

Sulla base di quanto disposto dal codice civile, tali crediti godono di un diritto di prelazione sul prezzo ricavato dalla liquidazione del patrimonio mobiliare e dei beni vincolati alla loro garanzia per capitale, spese ed interessi nei limiti degli artt. 54 e 55.

Sulla base di quanto enunciato dall'art 54 L.F., nel caso in cui il creditore non venga soddisfatto integralmente per capitale, spese ed interessi attraverso il ricavato dalla vendita dei beni sui quali opera la causa legittima di prelazione, egli concorrerà con i creditori chirografi nella ripartizione dell'eventuale attivo residuo, nella percentuale e modalità previste per i creditori chirografi.

Ai creditori vantanti diritto di prelazione viene riconosciuta la possibilità di prendere parte alle ripartizioni anteriori alla distribuzione dell'attivo ricavato dalla vendita dei beni vincolata da garanzia. Ratio di tale possibilità va ricondotta a ragioni di tipo precauzionale mirate ad evitare che gli stessi concorrono al riparto in qualità di chirografi a seguito del mancato realizzo di attivo dalla vendita del bene oggetto di prelazione. L'importo ottenuto dalla ripartizione anteriori verrà poi detratto dalla somma loro assegnata che sarà poi destinato a soddisfare i creditori chirografi.

Nel caso in cui la collocazione utile abbia luogo per una parte del credito garantito, essi hanno diritto di trattenere solo la percentuale definitiva assegnata ai creditori chirografi indipendentemente dal fatto che la ripartizione sia anteriore o successiva all'alienazione del bene oggetto di causa di prelazione.

1.13 DISCIPLINA DEGLI INTERESSI NEI CREDITI IPOTECARI

In merito ai crediti ipotecari, l'art 2855 c.2 c.c., richiamato dall'art 54 L.F., viene stabilita la regola generale degli interessi dovuti sul credito garantito da ipoteca nello stesso grado del

capitale a condizione che sia enunciata tale circostanza nella nota di iscrizione ipotecaria ex art 2839 c.c.²¹. Tale iscrizione risulta essere condizione necessaria affinché possa ricorrere l'estensione del diritto di prelazione anche agli interessi.

Il legislatore stabilisce inoltre che tale regola trovi applicazione per i soli interessi maturati nel biennio antecedente l'anno di apertura della procedura.

Tale norma secondo la dottrina, trova applicazione per i soli interessi corrispettivi, relativi alla normale produttività del denaro.

Non pare auspicabile, per gli interessi di natura moratoria, i quali svolgono una funzione puramente risarcitoria e collegata alla mora verificatasi prima della dichiarazione di fallimento.

L'estensione della prelazione agli interessi al tasso convenzionale trova applicazione per le sole ultime tre annate, ovvero ai due anni precedenti l'inizio della procedura e l'ultima annata in relazione all'anno in corso del procedimento.

Eventuali interessi al di fuori del periodo appena citato godono di privilegio solo se calcolati sulla base del tasso legale e fino alla data di vendita.

1.13.1 Ammissione al passivo interessi crediti ipotecari

Con l'ammissione al passivo di un credito ipotecario vanno congiuntamente ammessi a privilegio:

- interessi corrispettivi iscritti, al tasso convenzionale, maturati sul capitale nell'annata in corso al momento della dichiarazione di fallimento e nelle due annate precedenti;
- interessi moratori al tasso convenzionale, maturati sul capitale nell'annata in corso al momento della dichiarazione di fallimento e nelle due annate precedenti;
- interessi iscritti e maturati nel periodo compreso tra la dichiarazione di fallimento e la data di vendita del bene oggetto di ipoteca, l'interesse va calcolato al tasso legale.

Sono ammessi in chirografo:

- interessi corrispettivi e di mora, calcolati al tasso convenzionale, maturati anteriormente al periodo sopra descritto;
- interessi non iscritti o eccedenti il limite dell'importo per il quale è stata iscritta l'ipoteca, maturati fino alla data di fallimento.

²¹ Nella nota di iscrizione ipotecaria devono essere indicati tutti gli elementi che permettano di eseguire il calcolo matematico degli interessi. Qualora venga riportato direttamente la somma per interessi, essa costituisce un limite invalicabile opponibile ai terzi.

1.14 CREDITO FONDIARIO ED INTERESSI

Uno degli argomenti che desta maggiori preoccupazioni nell'ambito del diritto fallimentare è il rapporto tra disciplina concorsuale e credito fondiario²².

Sulla base di quanto disposto dall'art 51 L.F., in deroga al divieto generale di azioni esecutive individuali, ex art 41 T.U. in presenza di ipoteca a garanzia di finanziamenti fondiari, la banca può iniziare o proseguire anche dopo la sentenza dichiarativa di fallimento, l'azione esecutiva su detti beni. Al curatore rimane la facoltà di intervenire nell'esecuzione.

Dall'analisi dell'art 51 L.F. dottrina e giurisprudenza ritengono che si parli di mero privilegio processuale, con l'esclusione di qualsiasi connotazione sostanzialistica.

In tema di ammissione al passivo del credito fondiario, sulla base di quanto disposto dall'art 55 L.F., il piano di ammortamento diventa inutilizzabile, dovendo dunque far fede al capitale residuo dovuto dal debitore alla data di fallimento o la data in cui sia stato risolto il contratto per inadempimento del mutuatario.

1.14.1 Ammissione al passivo interessi crediti ipotecari

Sulla base di quanto enunciato da "BOZZA-SCHIAVON", l'ammissione al passivo delle varie componenti del credito fondiario deve seguire il seguente schema:

- 1) Se ante fallimento si è verificata una risoluzione contrattuale a causa della morosità del debitore, vanno ammessi con prelazione ipotecaria:
 - le quote di capitale scorporate delle rate scadute prima della risoluzione contrattuale;
 - il capitale residuo al momento della risoluzione;
 - gli interessi corrispettivi calcolati al tasso convenzionale iscritto e maturati sul capitale nell'anno della dichiarazione di fallimento e nei due anni anteriori;
 - gli interessi calcolati al tasso legale, maturati sul capitale nel periodo compreso tra l'annata successiva alla data di dichiarazione di fallimento e la data di vendita del bene prestato in garanzia

vanno ammessi in via chirografaria:

²² Ex Art 38d.lgs. 385/93 T.U. Bancario si definisce credito fondiario quel credito che ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili.

- gli interessi corrispettivi calcolati al tasso convenzionale e maturati prima dell'annualità nel quale è avvenuta la dichiarazione di fallimento. Gli interessi vanno calcolati sulle quote di capitale delle rate insolute e sul capitale residuo al momento della risoluzione;
- gli interessi moratori calcolati al tasso convenzionale e maturati fino alla data di fallimento sulle quote di capitale delle rate insolute e sul capitale residuo al momento della risoluzione;
- gli interessi corrispettivi non iscritti o eccedenti l'importo per il quale è stata iscritta ipoteca, maturati fino alla data di fallimento.

2) Qualora il credito fondiario, precedentemente alla dichiarazione di fallimento non abbia invocato la risoluzione contrattuale, a seguito del mancato pagamento delle rate da parte del debitore, devono essere ammesse in prelazione ipotecaria:

- le quote di capitale scorporate dalle rate residue fino alla data di fallimento;
- il capitale residuo al momento della dichiarazione di fallimento;
- gli interessi corrispettivi calcolati al tasso convenzionale iscritto e maturati sul capitale nei due periodi antecedenti e nell'anno nel quale è intervenuto il fallimento;
- gli interessi calcolati al tasso legale maturati sul capitale dall'anno successivo alla dichiarazione di fallimento fino alla vendita del bene oggetto di ipoteca.

Vanno ammessi in via chirografaria:

- gli interessi corrispettivi calcolati al tasso convenzionale sulle rate insolute a partire dalla loro data di scadenza, maturati prima delle due annualità di cui sopra;
- gli interessi moratori calcolati al tasso convenzionale sulle quote di capitale delle rate insolute maturati fino alla data di fallimento;
- gli interessi corrispettivi non iscritti o eccedenti il limite dell'importo per i quali l'ipoteca è stata iscritta, maturati fino alla data di fallimento e calcolati sulle quote di capitale delle rate insolute.

Nell'ipotesi più remota, qualora il debitore non abbia lasciato insolute delle rate, devono essere ammessi al passivo con prelazione ipotecaria:

- il capitale residuo che si considera scaduto a seguito dell'intervenuto fallimento;
- gli interessi calcolati al tasso legale sul capitale scaduto, maturati a partire dalla data di fallimento fino alla vendita del bene oggetto di garanzia ipotecaria.

CAPITOLO 2

SOMMARIO:

2.1 PROCEDIMENTO DI RIPARTIZIONE

2.2 L'IMPATTO DELLE RIFORME SUL PROCEDIMENTO DI RIPARTO

2.3 IMPUGNAZIONE DEL PROVVEDIMENTO DEL G.D

2.4 PAGAMENTO AI CREDITORI

2.5 I CREDITORI TARDIVI

2.6 RESTITUZIONE SOMME RISCOSE

2.7 RIPARTO PARZIALE

2.8 IL PAGAMENTO FUORI DAL RIPARTO

2.1 PROCEDIMENTO DI RIPARTIZIONE

Il procedimento di riparto, finale o parziale viene regolato dagli artt. 109-113 L.F..

Esso si articola in quattro momenti:

- presentazione al giudice del progetto di distribuzione da parte del curatore [FASE 1];
- ordine di deposito in cancelleria con relativa comunicazione a ciascun creditore dell'intervenuto deposito [FASE 2];
- proposizione di reclami avverso il progetto depositato [FASE 3];
- decreto di esecutività del riparto [FASE 4].

Prima di definire le varie fasi che compongono il procedimento risulta opportuno enunciare come lo stesso sia stato oggetto di numerose modifiche volte non solo ad abbreviare i tempi della procedura, ma mirate a semplificare gli adempimenti connessi alla distribuzione, colmando dubbi interpretativi e lacune legislative createsi negli anni.

Il legislatore ha quindi cercato, attraverso ripetuti interventi, di istituire prassi virtuose, veloci e soprattutto efficienti ed efficaci.

2.2 L'IMPATTO DELLE RIFORME SUL PROCEDIMENTO DI RIPARTO

2.2.1 LA PRECEDENTE DISCIPLINA

Secondo l'originaria formulazione era compito del curatore dover presentare, con cadenza periodica bimestrale dalla data del decreto ex art 96 L.F., o nel termine concesso dal G.D., un prospetto delle somme disponibili e predisporre il relativo progetto di ripartizione.

Una volta predisposta la bozza, era compito del comitato dei creditori analizzarne il contenuto ed esprimere un giudizio entro 10 giorni dal ricevimento dello stesso. Decorso tale termine era rimesso in capo al G.D. esaminare il progetto ed eventualmente apportare variazioni²³ convenienti alla procedura.

Una volta apportati eventuali emendamenti, il GD ne ordinava il deposito presso la Cancelleria e disponeva che lo stesso venisse comunicato a tutti i creditori.

Decorso il termine per proporre reclamo contro la bozza del progetto, il G.D. tenuto conto delle eventuali osservazioni poste dai creditori, lo rendeva esecutivo.

Al creditore insoddisfatto veniva concessa la possibilità di proporre reclamo avverso il Tribunale ai sensi dell'art 26 L.F..

2.2.2 LA NUOVA RIFORMA

Sulla base dell'attuale disciplina al giudice delegato non è più permessa la facoltà di apportare modifiche al progetto di riparto. Ad egli spetta un semplice potere di controllo formale del documento delegando totalmente l'adempimento della predisposizione del piano in capo al curatore.

La scelta del legislatore deve essere vista come una strategia mirata a:

- svuotamento dei poteri di controllo del G.D., anche se, in realtà, nella pratica tale disposto perde importanza se viene considerato il fatto che in sede di reclamo il G.D. ha acquistato un maggior controllo;
- accrescere l'efficienza degli organi della procedura: il giudice delegato difficilmente sarebbe riuscito ad effettuare un'analisi completa ed esaustiva delle poste presente in ogni progetto data la complessità e l'analiticità delle operazioni di calcolo sul quale si fonda il piano di riparto, le risorse limitate ed i gravosi carichi di lavoro. Rimettendo tali operazioni in capo al curatore il giudice delegato si soffermerà solamente nelle poste che richiederanno una più attenta valutazione, tralasciando quelle meno problematiche

Nonostante l'applicazione attuale, l'aver tolto la possibilità al G.D. di apportare modifiche al progetto di riparto non è stata esentata da critiche.

Secondo parte della dottrina infatti, la nuova regolamentazione non sembra garantire nelle misure opportune i creditori meno avvertiti, tenuto in ogni caso conto del principio di immutabilità delle ripartizione effettuate

²³ Al G.D. era permessa la facoltà di apportare sia di carattere giuridico che di opportunità, con l'unico limite dell'immodificabilità dello stato passivo non impugnato nei termini e nei modi previsti dalla L.F. Al G.D. viene quindi rimesso il compito di accertare la graduazione e la somma da distribuire senza però entrare nel merito dell'esistenza o dell'ammontare del credito ammesso e/o dell'effettiva presenza di cause di prelazione.

Per molti inoltre, l'idea che il giudice delegato debba dichiarare esecutivo un piano di riparto che a parer suo contenga errori appare del tutto incongruente.

Se precedentemente, era esplicitata la possibilità che permetteva al G.D., nell'esercizio dei suoi poteri generali di vigilanza di segnalare al curatore eventuali vizi o errori di calcolo contestabili dal creditore, l'attuale disposto non permette tale ipotesi, aprendo così un nuovo scenario che potrebbe creare alcuni problemi sul punto.

Il G.D. in sede di impugnazione, dovrebbe sentenziare per questioni sulle quali si era già precedentemente esposto con il curatore, facendo così aumentare il numero di conflitti che dovrebbero essere risolti in sede di contenzioso, considerato che l'impugnazione risulta essere l'unico strumento messo a disposizione del creditore per far valere i propri diritti.

Atteso quanto sopra, nulla vieta al curatore di mettere a disposizione di tutti i creditori, prima del deposito, la bozza del piano di riparto, in modo tale da raccogliere eventuali osservazioni.

Per concludere il nuovo citato elimina inoltre l'intervento del comitato dei creditori nel procedimento di riparto.

Tale scelta del legislatore prende fondamento da un duplice aspetto, il primo va ricondotto al fatto che, in passato il parere espresso dal comitato era obbligatorio ma non vincolava la procedura.

Il secondo invece, è da ricondurre alla modifica dei poteri del G.D., essendo venuta meno la possibilità dello stesso di modificare il piano di riparto, viene meno anche la possibilità rimessa in capo al comitato dei creditori.

Analizzata l'evoluzione normativa, ora risulta opportuno annoverare le modalità con le quali viene eseguito il programma di riparto, al fine di agevolare nella lettura vengono riprese le quattro fasi già precedentemente citate.

2.2.2.1 FASE 1

PERIODICITA' DEL RIPARTO

Ai sensi dell'110 L.F. il piano riparto deve essere presentato ogni quattro mesi *“a partire dalla data del decreto previsto dall'art 97 L.F. o nel diverso termine previsto dal G.D.”*.

Se in passato il termine era bimestrale e veniva considerato meramente ordinatorio, a seguito del nuovo disposto nulla sembrerebbe far cambiare tale concezione, stabilendo così che tale termine assuma il carattere di ordinatorio ma non quello di obbligatorio.

Come in passato, così anche nella prassi attuale, difficilmente tale periodicità prescritta viene rispettata e ciò può essere ricondotto a ragioni di svariata natura.

Per prima cosa occorre puntualizzare come tale procedimento, se ripetuto a cadenze prescritte, risulterebbe anti economico sotto numerosi punti di vista: le comunicazioni ai creditori e l'incidenza delle spese bancarie andrebbero a creare un danno economico avverso la procedura che non sarebbe per nulla compensato dalle ragioni per le quali il legislatore ha deciso di prevedere un riparto ogni quattro mesi, ovvero la tutela del creditore.

Per procedere con questi riparti periodici, il curatore dovrebbe, volta per volta, tenere conto di numerosi fattori: la tipologia di credito, i costi sostenuti e allo stesso tempo dovrebbe inoltre riuscire a prevedere una quota da accantonare per il sostenimento di spese procedurali future.

Atteso ciò però, l'idea secondo cui i riparti parziali non soddisfino il criterio di economicità che trova consenso all'interno della dottrina, deve scontrarsi con i comportamenti conservativi dei curatori mirati a trattenere l'attivo realizzato per generare interessi attivi²⁴.

Per concludere, è opportuno ribadire la volontà del legislatore, la quale riconosce al giudice delegato la facoltà di stabilire un termine diverso rispetto a quello enunciato precedentemente. Nonostante tale possibilità però, la prassi comune fa sì che tale scelta venga sempre rimessa alla discrezionalità del curatore, senza l'emissione di provvedimenti derogativi formali. Il G.D. è quindi chiamato a derogare i termini solamente in presenza di specifiche necessità, avverso tale decreto il creditore può proporre reclamo ex art 26 L.F..

Infine, a prescindere dalla periodicità con la quale viene redatto il piano di riparto, rimane immutato il principio secondo cui, i creditori insinuatisi tempestivamente godranno di maggior tutela a discapito di quelli tardivi.

ADEMPIMENTI DEL CURATORE

Come già precedentemente annunciato, il compito di predisporre un progetto delle somme disponibili e il progetto di distribuzione è rimesso in capo al curatore.

Nella formazione del documento il curatore dovrà operare una corretta suddivisione delle masse attive e delle spese prededucibili tra le diverse tipologie di creditori ex art 107 L.F..

²⁴ Comportamento assai criticato tant'è che viene concesso ai creditori la possibilità di proporre reclamo ex art 36 L.F. contro l'inerzia del creditore, così come lo stesso G.D. potrebbe intervenire andando a sollecitare lo stesso curatore ha procedere con il riparto.

Attraverso la predisposizione del progetto delle somme disponibili, il curatore esplicita gli importi che devono essere distribuiti tenendo conto di quanto incassato e di ciò che è stato speso. Sempre nel documento il curatore deve poi indicare gli importi necessari per poter procedere con il pagamento dei debiti, gli importi relativi ad accontamenti vari, evidenziare la riserva del 20% accantonata ai sensi dell'art 113 L.F. nonché indicare i pagamenti eseguiti nei riparti precedenti.

Sulla base di quanto disposto all'art 111^{ter} il curatore deve poi redigere, all'interno del prospetto, dei conti autonomi nel caso in cui vi sia stata la vendita di un bene oggetto di privilegio speciale, pegno o ipoteca.

Nel progetto di riparto invece trovano collocazione i crediti che saranno pagati nell'ordine delineato all'art 111 L.F..

Pertanto indipendentemente dal fatto che lo stesso sia parziale o definitivo, all'interno verranno collocate le sole poste che troveranno soddisfazione mentre non figureranno i crediti che, anche se ammessi, non troveranno soddisfazione.

CREDITORI ESENTATI DAL DIVIETO DI AZIONI ESECUTIVE

Sulla base di quanto disposto dal d. lgs 169/2007, ai sensi dell'art 110 c.1 L.F. *“nel progetto sono collocati anche i crediti per i quali non si applica il divieto di azioni esecutive individuali e cautelari di cui all'articolo 51 L.F.”*²⁵.

Quest'ultima norma, recependo un orientamento della Suprema Corte²⁶ ispirato al principio della *par condicio creditorum*, stabilisce il principio generale del divieto, per il singolo creditore, di iniziare o proseguire, in pendenza di fallimento o di altre procedure concorsuali, azioni esecutive e cautelari, *“anche per i crediti maturati durante il fallimento”*.

Ai sensi dell'art. 52 L.F., infatti, *“ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o trattato ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1), nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni della legge . Le disposizioni del II comma si applicano anche ai crediti esentati dal divieto di cui all'articolo 51”*.

Riassumendo, possiamo quindi affermare che tutti i crediti vantati nei confronti del fallito, compresi quelli prededucibili e quelli esentati dal divieto di cui all'art. 51, devono essere accertati in ambito fallimentare.

Atteso quanto sopra, i crediti esentati dal divieto di azioni esecutive individuali durante il fallimento sono:

²⁵ In tema si veda CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008, 609 ss.

²⁶ Cass., 18.8.1997, n. 7659, in *Fallimento*, 1998, 278; Cass., 13.4.1996, n. 3595, *ivi*, 1997, 21.

- crediti fondiari di cui agli artt. 28, 39, 40 e 41, t.u.b.²⁷, ove il c.2 stabilisce che *“l’azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore”*;
- i crediti garantiti da pegno o assistiti da privilegio a norma degli artt. 2756 e 2761 c.c., realizzabili anche durante il fallimento, dopo che sono stati ammessi al passivo con prelazione ex art 53 L.F.;
- escussione della garanzia da parte del creditore pignoratizio ex artt. 1 e 4, d.lg. 170/2004²⁸. In questo caso, il creditore non deve sottostare all’obbligo dell’insinuazione al passivo, fatti salvi gli oneri informativi prima dell’escussione.

Inoltre, ex art 104ter L.F., qualora il curatore per ragioni di economicità, decida di rinunciare all’apprensione di un bene o rinunci alla liquidazione degli stessi - previa autorizzazione da parte del comitato dei creditori dandone comunicazione ai creditori - in deroga a quanto previsto nell’art. 51 l. fall., il creditore fondiario potrà iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore²⁹.

Atteso quanto sopra, l’art. 110 L.F. stabilisce che, tutte le ipotesi nel quale è possibile agire per esenzione all’art 51 L.F., fruiscono solo di un privilegio di natura processuale³⁰, consistente nella facoltà di iniziare o proseguire l’espropriazione anche in pendenza del fallimento del debitore ciò però non sono in ogni caso esentate dal “concorso formale e sostanziale”³¹.

²⁷ D.lg. 1.9.1993, n. 385

²⁸ In attuazione della direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria.

²⁹ MIELE, *sub* Art. 110, in *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni integrative e correttive*, a cura di M. Ferro, Padova, 2008, 222, ritiene quest’ipotesi del tutto estranea all’articolo in commento, in quanto l’azione esecutiva individuale «viene esercitata su cespiti da considerarsi ad ogni effetto estranei al patrimonio fallimentare e non richiede dunque la insinuazione al passivo».

³⁰ BONFATTI, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, 119 ss.; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare. La nuova disciplina nelle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2007, 185.

³¹ Il principio è confermato dalla più recente giurisprudenza, secondo cui «L’art. 42 r.d. 16 luglio 1905 n. 646..., la cui applicazione è fatta salva dall’art. 51, nel consentire all’istituto di credito fondiario di iniziare o proseguire l’azione esecutiva nei confronti del debitore dichiarato fallito, configura un privilegio di carattere meramente processuale, che si sostanzia nella possibilità non solo di iniziare o proseguire la procedura esecutiva individuale, ma anche di conseguire l’assegnazione della somma ricavata dalla vendita forzata dei beni del debitore nei limiti del proprio credito. Ciò non comporta che l’assegnazione e il conseguente pagamento si debbano ritenere indebite o che sia configurabile l’obbligo dell’istituto procedente di rimettere immediatamente e incondizionatamente la somma ricevuta al curatore. Peraltro, deve riconoscersi carattere provvisorio all’assegnazione della somma disposta nell’ambito della procedura individuale, poiché si deve escludere che le disposizioni eccezionali sul credito fondiario – concernenti solo la fase di liquidazione dei beni del debitore fallito e non anche quella dell’accertamento del passivo – apportino una deroga al principio di esclusività della verifica fallimentare posto dall’art. 52, e non potendosi ritenere che il rispetto di tali regole sia assicurato nell’ambito della procedura individuale dall’intervento del curatore fallimentare. È fatto onere all’istituto di

Come tutti gli altri crediti, anche quelli per i quali non si applica il divieto di azioni esecutive e cautelari devono, quindi, essere oggetto di insinuazione al passivo fallimentare ed essere ammessi (concorso formale) e poi inseriti in un progetto di ripartizione predisposto dal curatore. Ciò consente al creditore di poter trattenere in via definitiva quanto ricavato dall'espropriazione singolare (concorso sostanziale).

Il suo soddisfacimento deve avvenire in ogni caso, nel rispetto delle regole della graduazione dei crediti partecipanti alla ripartizione dell'attivo nonché, sempre in linea di principio, nei tempi e nei modi previsti per la formazione e l'esecuzione dei piani di riparto.

Il legislatore accoglie così la tesi della Suprema Corte³², secondo cui il creditore fondiario ha diritto di ottenere, anche se in via provvisoria, l'immediata liquidazione del ricavato realizzato dall'esecuzione individuale³³. Qualora quest'ultimo, non provveda ad insinuarsi, o nel caso in cui il credito non venga ammesso integralmente allo stato passivo, il curatore potrà richiedere la restituzione della somma distribuita in sede di esecuzione individuale, ovvero nella misura corrispondente al credito non ammesso.

Resta fermo il principio secondo cui l'assegnazione provvisoria in sede esecutiva non possa superare quanto è ipotizzabile che il creditore fondiario ottenga in via definitiva in sede di progetto di riparto, dato che solo in questa fase è possibile determinare l'esatto ammontare della quota da attribuire al creditore interessato operando i necessari conguagli.

Inoltre, il creditore fondiario dovrà partecipare al concorso condividendo *in misura* proporzionale le spese della procedura costituite da quelle prededucibili riconducibili direttamente al bene (es: IMU, spese di custodia e di amministrazione, di eventuale bonifica *ex lege* Ronchi, etc.), dalla parte del compenso del curatore relativa al ricavato del bene, e da una quota di costi generali (sostenuti dalla procedura sino al momento del riparto in sede di esecuzione).

Qualora l'attivo realizzato dall'alienazione del bene non sia sufficiente a soddisfarne il credito, il credito residuo verrà soddisfatto in via chirografaria.

credito fondiario, per rendere definitiva la provvisoria assegnazione, di insinuarsi al passivo del fallimento, in modo tale da consentire la graduazione dei crediti, cui è finalizzata la procedura concorsuale. Ove l'insinuazione sia avvenuta, il curatore, che pretenda in tutto o in parte la restituzione di quanto l'istituto di credito fondiario ha ricavato dalla procedura esecutiva individuale, deve dimostrare che la graduazione ha avuto luogo e che il credito dell'istituto è risultato, in tutto o in parte, incapiente»: così Cass., 14.5.2007, n. 11014, in *Guida dir.*, 2007, 28, 44.

³² Cass., 7.12.2004, n. 23752, in *Fallimento*, 2005, 1143.

³³ In tema a LUPA, *op. cit.*, 1042; V. ZANICHELLI, *op. cit.*, 316.

2.2.2.2 FASE 2

DESTINATARI DELL'AVVISO DI DEPOSITO

Una volta predisposto il piano, il giudice ne ordina il deposito in cancelleria. A differenza della precedente disciplina in cui il giudice era chiamato ad eseguire un controllo attivo del piano, oggi ad egli spetta un compito di controllo meramente formale.

Il G.D. è quindi chiamato a verificare la sussistenza dei requisiti minimi di forma e di contenuto.

Considerato quanto sopra, la prassi comune ritiene che l'eventuale impugnazione del progetto non possa avvenire contro il provvedimento del G.D. che determini il deposito del piano, ma che debba avvenire ai sensi dell'art 36 L.F..

Una volta depositato, il G.D. ordina inoltre che lo stesso venga comunicato a tutti i creditori, compresi quelli che abbiano iniziato azioni di opposizione allo stato passivo o impugnazione/revocazione dei crediti ammessi, così come definito ai sensi dell'art 98 L.F., nonché i cd "creditori della massa", ovvero coloro che hanno diritti ad essere soddisfatti in prededuzione.

Per quanto riguarda la ratio di tale comunicazione è alquanto semplice. Essa va ricondotta al fatto che è interessi di tutti i creditori poter prendere visione del piano in modo tale da verificare se l'applicazione dello stesso lederà o meno i diritti degli stessi creditori, nonché verificare che vi sia stata la corretta allocazione delle somme.

Dato il vuoto normativo, la prassi comune ritiene che il compito di trasmettere la comunicazione a ciascun creditore ammesso al passivo sia di competenza del curatore, il quale dovrà comunicare il piano attraverso l'invio di posta elettronica certificata e, in assenza di domiciliazione virtuale, la comunicazione dovrà avvenire attraverso il deposito in cancelleria.

Il mancato invio della comunicazione ad un creditore determinerà la nullità del procedimento.

2.2.2.3 FASE 3

RECLAMO AL PROGETTO DI DISTRIBUZIONE

A seguito delle novelle apportate dal d. lgs 169/2007, i creditori, qualora dissentano dalle soluzioni proposte dal curatore, entro il termine perentorio di 15 giorni dalla ricezione della comunicazione di cui al c.3 dell'art. 110 L.F., possono presentare reclamo dinanzi al giudice delegato avverso il progetto di riparto, ai sensi dell'art. 36 L.F..

La novità è stata introdotta con il d.lgs. 169/2007, a rettifica di quanto precedentemente disposto dal d.lgs. 95/2006, il quale stabiliva che l'impugnazione contro il decreto di esecutività venisse presentata ex art 26 L.F..

Modifica necessaria dato che, l'art 26 L.F. regola eventuali impugnazioni proposte avverso provvedimenti del giudice delegato e del tribunale, mentre il piano di riparto non è più riferibile al giudice delegato, ma al solo curatore.

Ecco perché va subito evidenziato il fatto che il nuovo mezzo d'impugnazione, oltre al richiamo all'art. 36 L.F., è del tutto diverso da quello ivi contemplato³⁴ per svariate ragioni:

- Termine: 8 giorni dalla data dell'atto, termine immutato dalla precedente disciplina;
- Legittimazione: gli unici legittimati ad esperire il reclamo sono i creditori. Restano quindi esclusi: il comitato dei creditori, il fallito ed i soggetti genericamente interessati.

Nonostante l'assenza di un diretto riferimento testuale, il legislatore conferisce legittimazione a tutte le categorie di creditori al c.1 art 110 L.F. unitamente ai destinatari dell'avviso di deposito. Non sembra trovare fondamento invece, la recente opinione di alcuni studiosi, che limiterebbe la possibilità di proporre reclamo ai soli creditori ammessi al passivo; tale concezione infatti, annullerebbe quanto disposto dall'art 98 L.F., il quale stabilisce che l'invio dell'avviso di deposito del progetto di riparto avvenga anche a favore di soggetti diversi dai creditori ammessi definitivamente al passivo. La legittimazione va quindi estesa: ai creditori ammessi con riserva, ai tardivi contestati, ai creditori esclusi ed oppositori;

- Domiciliazione presso un legale: il creditore che decide di impugnare il progetto dovrà avvalersi dell'ausilio di un legale, dato che il procedimento sarà caratterizzato da un contraddittorio;
- Oggetto del giudizio: se in passato l'impugnazione contro il provvedimento avveniva ex art 26 L.F., oggi l'impugnazione avviene ai sensi dell'art. 36 L.F..

Da una prima lettura di quest'ultimo, il creditore sarebbe legittimato ad impugnare atti e omissioni del curatore soltanto se derivanti da una specifica violazione di legge³⁵, con riferimento peraltro, a norme in cui la posizione soggettiva dei controinteressati si configura come di mero interesse. Ecco perché parte della dottrina rimpiange i maggiori limiti operativi assicurati dal ricorso ex art. 26 L.F..

³⁴ AMBROSINI, in AMBROSINI, CAVALLI e JORIO, *Il fallimento*, in *Tratt. Cottino*, Padova, 2009, 656; D'AQUINO, *op. cit.*, 311

³⁵ Così, S. BONFATTI, *op. ult. cit.*, 54, il quale prospetta la censura, previa diffida ad adempiere, della mancata predisposizione da parte del curatore fallimentare dei progetti di riparto periodici

L'eventuale reclamo avverso il progetto di riparto, riguarderebbe non tanto gli atti amministrativi e di gestione compiuti dal curatore, quanto piuttosto questioni inerenti al merito delle decisioni prese dallo stesso. Ad esempio: il rapporto tra i crediti prededucibili e quelli ipotecari, le modalità di trattamento dei crediti ammessi tardivamente³⁶, il riconoscimento di privilegi speciali a seguito dell'acquisizione o meno del bene (basti pensare al caso in cui nonostante il riconoscimento di un privilegio speciale venga negato in sede di riparto poiché il curatore non è riuscito a reperire o identificare il bene ove esercitare tale diritto), il calcolo degli interessi sui crediti prelatizi³⁷, l'importo degli accantonamenti³⁸, la quantificazione degli accessori non conteggiati e non conteggiabili in sede di verifica, l'incidenza dello *ius superveniens* in materia di privilegi³⁹, la graduazione dei privilegi (con la riforma del 2007, il legislatore ha modificato l'art. 93 L.F., abrogando l'obbligo di indicare nella domanda di ammissione allo stato passivo "*l'eventuale indicazione di un titolo di prelazione*". Ne deriva pertanto, che ogni genere di questione viene rinviata alla fase di riparto, quando il curatore, presentando il progetto, procede alla graduazione dei crediti).

Considerato quanto sopra, non sono di certo mancate critiche e perplessità⁴⁰ al nuovo disposto, soprattutto quando si cerca di determinare il contenuto delle violazioni di legge oggetto di reclamo.

Per alcuni, il termine "violazione di legge" viene fatto coincidere con "violazione delle norme di azione" che regolano l'attività del curatore. Altri fanno invece coincidere il termine "violazione di legge" con il vizio previsto dalle disposizioni in tema di impugnazioni di legittimità. Ma anche in questo caso la soluzione è riduttiva, dato che contempla i soli casi in cui sia dubbia o controversa l'interpretazione di una norma, e non tanto la corretta applicazione della stessa ad un caso concreto, mantenendo insindacabili le scelte del curatore.

Per altri studiosi invece, il reclamo va proposto nel momento in cui un soggetto, a tutela della propria posizione, invochi una determinata norma, indipendentemente dalla sua natura, comprendendo indistintamente le disposizioni che regolano l'attività del curatore, ma anche i principi generali della disciplina fallimentare.

³⁶ Cass., 12.9.2003, n. 13895, in *Foro it.*, 2003, I, 3317; in *Giust. civ.*, 2004, I, 81; in *Dir. e prat. soc.*, 2004, 19, 89; e in *Giur. comm.*, 2004, II, 253

³⁷ A. RUGGERO, *Commento sub* Art. 110, cit., 1828

³⁸ Cass., 26.9.2003, n. 14330, in *Arch. civ.*, 2004, 910

³⁹ Cass., 25.8.1998, n. 8421, in *Dir. e giur. agr. amb.*, 1999, 89, con nota di A. GRASSO, *Crediti per prodotti venduti da società cooperative agricole e loro consorzi e privilegio generale sui mobili*; e in *Riv. giur. sarda*, 2000, 15

⁴⁰ CATALDO, *Il controllo sugli atti del curatore ed il regime della responsabilità*, in *Fallimento*, 2007, 1017

Nella fattispecie, “Zanichelli prende in considerazione l’ipotesi in cui il progetto di riparto contempli la riduzione delle somme distribuibili, dipesa da una stima eccessivamente elevata delle spese future, con conseguente lesione dell’interesse dei creditori ad un riparto tempestivo. Ebbene, prima della riforma, in considerazione del potere del giudice delegato di censurare anche nel merito il progetto di ripartizione, era pacifica l’impugnazione per detto motivo. Nel nuovo sistema, poiché la misura della riduzione delle somme ripartibili prima del riparto finale fa parte del progetto, la cui predisposizione è rimessa al curatore e poiché al giudice delegato è stato sottratto il potere di apportare modifiche al progetto, è dubbia l’ammissibilità del reclamo. La considerazione che il reclamo contro gli atti del curatore è consentita solo per violazione di legge non sembra però decisiva, in quanto riguarda atti gestori, che possono incidere sull’interesse dei creditori solo indirettamente. Per contro, sembra doversi attribuire rilievo alla circostanza che l’eccessività dell’accantonamento per spese future incide direttamente sull’interesse dei creditori alla tempestiva ripartizione. Sembra, quindi, preferibile ritenere che il reclamo contro il progetto di ripartizione sia ammissibile per violazione di legge⁴¹”.

Ciò nonostante, neppure la tesi appena descritta garantirebbe al creditore o alla parte legittimata, di poter opporsi a tutti quegli atti o condotte riconducibili alla discrezione del curatore inerenti al cd. “merito gestionale”, ovvero alle scelte di mera opportunità⁴².

Non possono essere oggetto di contestazione dunque eventuali accantonamenti superiori alla percentuale prescritta dalla legge, in quanto trattasi di scelta prettamente discrezionali che il curatore compie sulla base delle proprie idee ed in ordine all’entità delle spese prededucibili che la procedura dovrà sostenere e/o relative alla conclusione delle cause in corso.

Potrebbe invece essere oggetto di reclamo un piano nel quale viene distribuito più dell’80% del disponibile per mancato rispetto dell’art. 113 L.F., così come l’eventuale errore interpretativo del curatore sul provvedimento emesso dal G.D. in merito alla graduazione dei crediti.

- Sospensione dell’esecuzione del provvedimento di riparto: se in passato il ricorso ex art 26 L.F. non aveva efficacia sospensiva del provvedimento, con il rinvio all’art 36 L.F. l’art. 110 c.4 L.F., stabilisce che in caso di contestazioni del progetto, il giudice

⁴¹ In tal senso anche SANZO e A. BIANCHI, *Manuale delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, 607

⁴² C. MIELE, *sub art. 110*, in *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni integrative e correttive*, cit., 224; C. PROTO, *Il curatore e il comitato dei creditori*, in *Il diritto fallimentare riformato*, cit., 4639

delegato deve disporre l'accantonamento delle somme destinate ai creditori reclamanti ed ai controinteressati. Detti accantonamenti sono obbligatori, automatici e non sono subordinati ad una deliberazione relativa al fondamento dei reclami stessi⁴³.

Non è pertanto possibile sindacare in ordine al *quantum* dell'accantonamento⁴⁴;

L'eventuale reclamo va notificato al curatore, a tutti i controinteressati e, soprattutto, ai creditori che in qualche modo potrebbero essere pregiudicati dalla diversa ripartizione auspicata dal reclamante.

Come in passato così oggi, la giurisprudenza esclude che il reclamo debba essere notificato anche al comitato dei creditori ed al fallito⁴⁵;

Il giudice delegato, dopo aver assicurato un congruo termine a comparire ai controinteressati e successivamente all'audizione delle parti, tra cui il curatore⁴⁶, decide con decreto, impugnabile, ex art 36 c.2 L.F., con ricorso al Tribunale (ex art. 26 L.F.) che, a sua volta, decide con decreto.

Secondo parte della dottrina e la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 168/2007, infine, il decreto del Tribunale sarebbe ricorribile ex art. 111 Cost., in considerazione della natura definitiva oltre che decisoria del provvedimento⁴⁷.

Nel silenzio della norma, la soluzione pare attuabile, ogni qual volta il provvedimento impugnato sia idoneo a pregiudicare in maniera definitiva le ragioni del creditore, che altrimenti non potrebbe più ripetere le somme già distribuite.

Altra questione riguarda invece l'ipotesi in cui il curatore non inserisca nel progetto di riparto i creditori per i quali non si applichi il divieto di azioni esecutive e cautelari di cui all'art. 51 L.F.

In tal caso ci si chiede se l'eventuale reclamo, proponibile ex art. 36 L.F., possa essere configurato come un'impugnazione avverso un atto del curatore (il progetto di riparto), ovvero come impugnazione di un suo comportamento omissivo.

L'applicazione di una rispetto all'altra determina effetti completamente differenti: nel primo caso infatti, l'accoglimento del reclamo determinerebbe l'annullamento, con conseguente decadenza retroattiva degli effetti eventualmente prodottisi⁴⁸; nella seconda ipotesi, invece, il giudice, accogliendo il reclamo, dovrebbe stabilire il comportamento che il curatore deve

⁴³ G. BOZZA, *Commento breve alla riforma fallimentare*, Lodi, 2006

⁴⁴ C. MIELE, *sub art. 110*, in *La legge fallimentare*, a cura di M. Ferro

⁴⁵ Cass., 1.10.1997, n. 9580, in *Fallimento*, 1998, 1225

⁴⁶ Cass., 22.2.1992, n. 2196, in *Fallimento*, 1992, 594; e in *Informazione prev.*, 1992

⁴⁷ I. PAGNI, *Il controllo sugli atti degli organi della procedura fallimentare (e le nuove regole della tutela giurisdizionale)*, in *Fallimento*, 2007, 248; AMBROSINI, *op. cit.*, 658. In giurisprudenza cfr. Cass., 21.2.2001, n. 2493, in *Fallimento*, 2002

⁴⁸ L. ABETE, *Commento sub art. 36*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 613

tenere, in esecuzione al provvedimento giudiziale.

Atteso ciò, pare preferibile la prima soluzione, dato che la seconda scelta permetterebbe un intervento giurisdizionale sul progetto di ripartizione escluso dalla riforma attuata dal legislatore.

2.2.2.4 FASE 4

DICHIARAZIONE DI ESECUTIVITA' DEL PIANO DI RIPARTO

La dichiarazione di esecutività rappresenta l'ultimo adempimento, in ordine cronologico, del procedimento del piano di riparto.

Sulla base di quanto finora esposto e partendo dall'assunto secondo il quale al G.D. viene rimesso ad un semplice controllo formale, tale iter per l'attribuzione delle definitività viene identificato come una sorta di atto di giurisdizione definitiva⁴⁹.

Al giudice viene quindi richiesto di valutarne forme e contenuti, senza sindacare in alcun modo quanto presente all'interno del piano stesso, verificando che il curatore abbia provveduto a comunicare, a tutti i creditori, il piano di riparto. Qualora sia venuto meno ciò, il G.D. dovrà rifiutarsi di rendere esecutivo il piano, disponendo di eseguire nuovamente gli adempimenti omessi.

2.3 IMPUGNAZIONE DEL PROVVEDIMENTO DEL G.D

Una volta dichiarata l'esecutività del piano di riparto, resta da constatare se sia facoltà del creditore poter impugnare l'atto ai sensi dell'art 26 L.F..

Per alcuni, il reclamo è possibile attraverso l'invocazione dell'art. 26 c.1 L.F.. Sulla base di quanto affermato dal principio generale, è possibile, salva diversa indicazione della legge che nel caso in questione non si configura, reclamare tutti i provvedimenti del giudice delegato.

L'impugnazione avverso il decreto è un'ipotesi configurabile qualora vi siano dei vizi (esclusivi ed) inerenti al provvedimento, come ad esempio: la mancata previsione o l'errata o insufficiente misura degli accantonamenti⁵⁰, erronee modalità di pagamento delle somme assegnate, ovvero il pagamento immediato dei crediti contestati. Pare opportuno inoltre ricomprendere l'ipotesi del creditore che, a seguito di immotivata omissione, non sia stato

⁴⁹ A. SILVESTRI, *La ripartizione dell'attivo dopo la riforma della legge fallimentare*, Fall. 2006

⁵⁰ C. MIELE, sub art. 110, in *La legge fallimentare*, cit., 869.

avvisato del deposito del progetto di riparto e non abbia, dunque, potuto contestarne il contenuto prima che questo sia stato dichiarato esecutivo. In questo caso dunque, apparirebbe ragionevole che la censura potesse investire tanto i vizi procedurali del decreto di esecutività quanto il contenuto stesso del progetto che il creditore, per circostanze a lui non imputabili, non ha potuto contestare precedentemente.

Numerose però sono anche le critiche nei confronti dell'idea positiva secondo cui può essere proposto reclamo dinnanzi al decreto di esecutività.

Una su tutte consiste nel fatto che il giudice delegato non può apportare alcuna modifica al progetto, neppure in sede di esecutività dello stesso, pertanto il primo ricorso contro il progetto di riparto sarebbe utile ad evidenziare tutte le eventuali contestazioni relative al contenuto dello stesso.

Atteso quanto sopra, va escluso in ogni caso il fatto che, attraverso il reclamo possano essere fatti valere vizi riguardanti il piano di riparto in quanto tale⁵¹. *Ad esempio “in merito agli accantonamenti, sono sindacabili in sede di reclamo dinnanzi il decreto di esecutività quelli da effettuarsi ad opera del giudice e la cui necessità si sorta proprio in conseguenza del reclamo avverso il piano di riparto”*; da qui è dunque possibile affermare il fatto che il ricorso avverso il decreto di esecutività sia contemplato nelle forme di cui all'art 26 L.F..

Per concludere, dato che si tratta di un decreto emesso dal giudice delegato, eventuali reclami vanno proposti all'organo competente (tribunale e non GD), nel termine di 10 giorni dalla data di esecutività.

2.4 PAGAMENTO AI CREDITORI

Il compito di provvedere al pagamento delle somme assegnato dal piano di riparto è rimesso in capo al curatore, il quale una volta ottenuta l'esecutività del piano procede con l'effettuazione dei pagamenti.

Ai sensi dell'articolo 111 la distribuzione dell'attivo realizzato non deve avvenire secondo la logica del pro-quota, bensì nel rispetto delle cause di prelazione elencate della stessa legge fallimentare.

Una volta approvato il conto di gestione e liquidato il compenso al curatore, il giudice delegato ordina il riparto finale che dovrà essere eseguito secondo le disposizioni precedenti. Nel riparto finale dovranno essere distribuiti anche gli accantonamenti precedenti. Eventuali

⁵¹ G. BOZZA, La ripartizione dell'attivo fallimentare, in Comm. Jorio-Fabiani cit., 10,619.

accantonamenti rimasti da distribuire non determineranno l'impossibilità di chiudere la procedura.

Qualora sia richiesto dallo stesso creditore, il giudice delegato, nel rispetto delle cause di prelazione, potrà stabilire che eventuali crediti vengano liquidati attraverso l'assegnazione dei crediti d'imposta eventualmente creatisi durante la procedura concorsuale.

Nel caso in cui, una volta terminata la procedura di ripartizione dell'attivo, rimangano somme non ancora distribuite a causa dell'irreperibilità del creditore, decorsi cinque anni, esse verranno assegnate allo Stato, salvo eventuali richieste presentate da creditori rimasti insoddisfatti.

L'eventuale istanza per l'assegnazione delle somme di proprietà dei creditori irreperibili va depositata dopo il riparto finale ed entro i cinque anni successivi.

Va considerata nulla l'eventuale istanza di assegnazione presentata in sede di ammissioni dato che l'ipotesi della irreperibilità è del tutto aleatoria.

In caso di cessione di crediti, il curatore attribuisce le quote di riparto al cessionario a condizione che la cessione gli sia stata comunicata con le sottoscrizioni autenticate del cedente e cessionario; le stesse disposizioni si applicano anche al caso della surrogazione del creditore.

Le somme accantonate verranno distribuite non appena si saranno avverate le condizioni e passate in giudicato le sentenze.

Al riguardo è stata auspicata l'ipotesi che il curatore nel riparto finale possa già identificare i beneficiari delle somme accantonate in mancanza dell'avveramento delle condizioni: ciò può avvenire solo in caso di pochissimi accantonamenti in quanto le ipotesi virtuali si moltiplicano senza controllo in caso di più accantonamenti.

2.5 I CREDITORI TARDIVI

All'art 112 L.F. viene disciplinato il trattamento riservato, in sede di riparto, ai creditori ammessi tardivamente al passivo.

La loro partecipazione al procedimento di distribuzione avviene secondo un duplice principio:

- partecipazione alle sole ripartizioni successive alla loro ammissione;
- eventuali assistiti da cause di prelazione o ammessi tardivamente per cause ad essi non imputabili, hanno diritto di richiedere le quote che sarebbero loro spettate nelle

precedenti ripartizioni.

Pertanto solo i creditori muniti di titolo di prelazione, ovvero chirografi tardivi per causa a loro non imputabile ed accertata nel provvedimento di ammissione, possono percepire le quote che sarebbero loro spettate nei precedenti riparti, sempre, però, nei limiti delle disponibilità residue.

Il creditore tardivo-privilegiato o chirografario, non colpevole del ritardo, non può pretendere di incrementare le disponibilità residue del riparto cui partecipa mediante la riduzione dei riparti ricevuti dagli altri creditori, nè pretendere, a seguito della presentazione della domanda tardiva, accantonamenti.

Il creditore tardivo quindi non ha nessun diritto fino al provvedimento di ammissione.

Dunque, ove un riparto sia disposto tra la domanda e il provvedimento, nessun accantonamento potrà essere fatto a suo favore.

L'insinuazione tardiva del creditore prelatizio comporta l'assegnazione nel nuovo riparto della quota a lui spettante anche per il riparto già eseguito. Ciò significa che prima di prendere in considerazione gli ulteriori crediti concorrenti dovrà essere soddisfatto, nei limiti della quota a lui spettante, il creditore prelatizio.

Se il tardivo è un creditore con privilegio speciale o ipoteca non potrà essere pagato in misura superiore al ricavato dalla liquidazione del bene su cui esercita il privilegio, o ipoteca, in quanto la parte restante dovrà degradare al chirografo.

La presentazione di domande tardive non è motivo di impedimento allo svolgimento di ulteriori attività della procedura, con particolare riferimento ad ulteriori reparti.

Occorre ricordare che l'articolo 110 L.F. chiede al curatore di effettuare riparti ogni 4 mesi, ragione per cui non è giustificato il ritardo nell'attesa di una domanda tardiva e l'effettuazione del riparto a cui sarebbe tenuto.

2.6 RESTITUZIONE SOMME RISCOSSE

Sulla base di quanto disposto dall'art 114 L.F. i pagamenti effettuati in esecuzione del piano di riparto non possono essere ripetuti salvo l'accoglimento di domanda di revocazione.

Il creditore che ha percepito pagamenti non dovuti è tenuto a restituire quanto incassato unitamente agli interessi legali maturati.

2.7 RIPARTO PARZIALE

Da una prima lettura dell'art 113 L.F. emerge subito il principio secondo cui nei riparti parziali debbano essere distribuite somme che non superino l'80% (limite non vincolante, in quanto il curatore potrebbe decidere di distribuire somme inferiori all'80% dell'attivo realizzato qualora ritenga di dover sostenere numerosi spese future) dell'attivo realizzato. Devono poi essere accantonate, nel rispetto di quanto stabilito dal giudice delegato, le somme destinate a:

- creditori ammessi con riserva;
- creditori opponenti a favore dei quali sono state disposte misure cautelari;
- creditori opponenti la cui domanda è stata accolta ma la cui sentenza non è passata in giudicato;
- creditori nei cui confronti sono stati proposti giudizi di impugnazione e di revocazione;
- somme destinate ai creditori che hanno impugnato il piano di riparto (accantonamento ai sensi dell'art. 110).

Devono inoltre essere accantonati fondi sufficienti da destinare al pagamento del compenso del curatore stesso, alla copertura di spese future di vario tipo nonché per il pagamento di debiti prededucibili.

Ai fini di una corretta lettura, sono considerati creditori ammessi con riserva quelli elencati negli artt. 96 e 55 c.3:

- i crediti sottoposti a particolari condizioni, ovvero crediti condizionati in senso stretto e quelli che non possono farsi valere se non previa escussione di un obbligato principale (si pensi al credito verso il fideiussore fallito, ovvero verso il socio illimitatamente responsabile);
- i crediti per i quali la mancata produzione del titolo dipende dal fatto non imputabile al creditore;
- i crediti accertati con sentenza ancora non definitiva;
- crediti tributari per i quali non sia ancora scaduto il termine di impugnazione e che siano contestati dal curatore.

2.8 IL PAGAMENTO FUORI DAL RIPARTO

A differenza di quanto finora descritto, eventuali crediti prededucibili sorti nel corso della

procedura, potranno essere liquidati al di fuori del riparto. Rimane fermo in ogni caso il principio secondo cui è obbligatoria e necessaria l'autorizzazione del comitato dei creditori, o in assenza di quest'ultimo, da parte del giudice delegato.

Qualora il pagamento sia avvenuto senza l'autorizzazione da parte degli organi competenti, il pagamento non è da considerarsi nullo ma basterà una successiva autorizzazione con effetto di ratifica.

In presenza di beni immobili oggetto di privilegio speciale e di ipoteca e dei singoli beni mobili o gruppo di mobili oggetto di pegno e privilegio speciale, ai sensi dell'art 111ter L.F. il curatore deve predisporre dei conti separati con l'indicazione analitica:

- entrate e uscite di carattere specifico (costi legali per uno sfratto; i costi di bonifica di un terreno; i costi di manutenzione, costi per pubblicità e relativa alienazione, costi di conservazione);
- entrate e uscite di carattere generale imputabili a ciascun bene o gruppo di beni secondo un criterio proporzionale.

CAPITOLO 3

SOMMARIO:

3.1 CREDITO FONDIARIO
3.2 L'AZIONE REVOCATORIA
3.3 CONCESSIONE ABUSIVA DI IPOTECHE
3.4 SUPERAMENTO DEL LIMITE FINANZIABILE
3.5 L'ESENZIONE DA REVOCATORIA PER I PAGAMENTI EFFETTUATI DAL DEBITORE
3.6 CREDITO FONDIARIO: ONERI BANCARI PER LA CONSERVAZIONE DEL PRIVILEGIO FONDIARIO
3.7 L'ESENZIONE: TRADE OFF TRA PAR CONDICIO CREDITORIUM E PROSECUZIONE DELL'ATTIVITA' D'IMPRESA
3.8 FRUTTI CONCERNENTI BENI OGGETTO DI GARANZIA
3.9 SPESE GENERALI

Premessa la normativa inerente al riparto e identificate le varie masse creditorie, obiettivo del presente capitolo sarà quello di illustrare, sia dal lato giurisprudenziale sia da quello dottrinale, l'evoluzione della normativa fallimentare cercando di trattare i principali benefici assicurati ai creditori ipotecari.

Tutta l'analisi avverrà prendendo in considerazione un principio cardine della procedura fallimentare, la c.d. "par condicio creditorum". Principio che sarà sempre costretto a scontrarsi con il ruolo degli istituti intermediari, meglio definiti creditori forti, i quali, data la loro natura, godono di una particolare disciplina protettiva che, in alcuni casi li pone in posizioni nettamente dominanti a discapito di altri creditori. Questi ultimi non potendo beneficiare di particolari garanzie si vedono ridotto, se non negato, il loro diritto di soddisfazione del credito.

3.1 CREDITO FONDIARIO

Nei prossimi paragrafi verrà analizzata nel dettaglio la disciplina riservata al credito fondiario all'interno della procedura fallimentare. L'obiettivo sarà quello di far emergere i principali aspetti che differenziano tale categoria di credito rispetto agli altri creditori ammessi al concorso. Attraverso l'ausilio di casi concreti si cercherà quindi di evidenziare il trattamento di favore che il legislatore ha deciso di riservare al creditore fondiario

3.1.1 DEFINIZIONE LEGISLATIVA

Ai sensi dell'art 38 c.1 TUB è definito credito fondiario una qualsiasi operazione avente ad

oggetto la “concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili”; al secondo comma è poi stabilito che, *“la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, possa determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti, il quale deve essere calcolato in relazione al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da realizzare sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisca la concessione di finanziamenti”*.

L'attuale limite massimo di finanziabilità è fissato dalla delibera del CICR del 22 aprile 1995 (e dalle conseguenti istruzioni applicative di Banca d'Italia) ed è pari all'80 per cento del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sui beni medesimi; tale percentuale può essere innalzata fino al 100 per cento attraverso il rilascio di garanzie integrative.

Gli elementi caratteristici del credito fondiario sono:

- concessione di un finanziamento;
- operazioni di durata medio-lunga;
- il finanziamento deve essere assistito da un'ipoteca di primo grado sugli immobili che formano oggetto della garanzia;
- rispetto del un rapporto percentuale tra il valore dei beni ipotecati e l'importo finanziato, determinato dal CICR e dalla Banca d'Italia,.

Sempre sulla base di quanto disposto dall'38 TUB, il legislatore ha deciso di unificare le discipline del credito fondiario (art. 4 l. 175/1991) e del credito edilizio (art. 9 l. 175/1991) che prima della novellazione legislativa godevano di un trattamento differenziato.

Il credito edilizio veniva qualificato come mutuo di scopo, finalizzato esclusivamente alla costruzione, ristrutturazione o al recupero di beni immobili mentre, il credito fondiario era privo di una specifica destinazione delle somme erogate.

Nonostante la diversa natura giuridica, era prassi comune ritenere che entrambe le ipotesi di credito fondiario fossero caratterizzate da un comune elemento, consistente nel *“riferimento pressoché esclusivo alla garanzia ipotecaria di primo grado su immobili prevalentemente abitativi o a uso commerciale, con interventi solo marginali per il finanziamento di edifici alberghieri o a uso ufficio”*.

A seguito dell'unificazione dei due istituti e la creazione di una unica definizione di credito fondiario, è venuta meno ogni possibilità di considerare quest'ultimo come credito di scopo legale.

Procedendo dunque con un'analisi di quanto esplicitato dal TUB, a ciascuna banca è consentito effettuare operazioni di tale natura.

Non sussistendo più l'obbligo di destinazione delle somme erogate a fronte di finanziamenti

ex art. 38 TUB, il percettore non avrà alcun vincolo di utilizzo delle somme pertanto le stesse potranno essere utilizzate per l'estinzione di un preesistente debito nei confronti della medesima banca erogante, non potrà essere contestato.

Già da una prima lettura, il più attento lettore potrà immaginare che da tale situazione potrebbero nascere utilizzi opportunistici di questa figura contrattuale rispetto alla originaria funzione aprendo scenari capaci di assumere rilievo patologico in caso di fallimento del mutuatario.

3.1.2 I PRIVILEGI DEL CREDITO FONDIARIO

Come già precedentemente annunciato di seguito verranno riportate le principali discipline speciali riservate al credito fondiario:

- esenzione da revocatoria per la concessione di ipoteche a garanzia dei finanziamenti (art 39 T.U.B.);
- esenzione da revocatoria per i pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari (art 39 T.U.B.);
- l'estinzione anticipata e la risoluzione del rapporto (art. 40 T.U.B.);
- diritto degli istituti di credito di poter continuare o iniziare l'azione esecutiva individuale pur in presenza del fallimento del debitore (art 41 T.U.B.);
- destinazione delle rendite prodotte dagli immobili ipotecati a favore (art 41 T.U.B.);

La disciplina di favore per il mutuo fondiario era già stata prevista nel T.U. approvato con R.D. 16 luglio 1905 n. 646 e trovava la propria giustificazione *“nella ferrea connessione tra operazioni di impiego e operazioni di provvista e nella necessità di assicurare ai risparmiatori che fornivano quest'ultima, sicurezza e tempestività nei rimborsi, attraverso la sicurezza e la tempestività della restituzione delle somme date a mutuo”*.

Nonostante le numerose riforme che si sono susseguite negli anni, i privilegi riservati all'erogazione di un mutuo fondiario non sono mai stati modificati e tutt'ora permangono.

Di seguito verranno analizzati i benefici riservati agli istituti qualora si configuri l'ipotesi di fallimento del soggetto debitore, infatti, ai sensi dell'art. 39 c.4 TUB viene stabilito il c.d. consolidamento breve dell'ipoteca posta a garanzia del finanziamento fondiario, il quale avviene nel termine di 10 giorni precedenti alla pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento, sottraendo l'iscrizione dell'ipoteca da un eventuale rischio di revocatoria fallimentare ex art. 67 L.F..

Allo stesso tempo sono esentati da revocatoria fallimentare i pagamenti effettuati dal debitore in adempimento di un contratto di credito fondiario alla banca ai sensi di quanto previsto dall'ultimo periodo del medesimo art. 39 c.4 TUB.

Tali privilegi appena elencati hanno suscitato forti perplessità in dottrina e giurisprudenza, tanto da far intervenire in più occasione la Corte Costituzionale, la quale è stata chiamata ad esprimersi sulla legittimità costituzionale del regime privilegiato tracciato dalla normativa del credito fondiario. Nonostante le numerose richieste di legittimità, la Corte ha sempre ribadito la costituzionalità della disciplina di favore dettata dal legislatore per le banche concedenti finanziamenti di natura fondiaria rispetto alle altre forme di credito.

Per meglio comprendere quanto sopra, con sentenza n.175 del 22 giugno 2004, la Corte Costituzionale è stata chiamata a decidere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38 e dell'art. 67 L.F. in riferimento al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Nel caso concreto sottoposto dal giudice rimettente una società, nonostante avesse ottenuto la concessione di un mutuo fondiario per finanziare la ristrutturazione di un alloggio, aveva deciso di utilizzare tali fondi per estinguere alcuni debiti. Da qui il Giudice rimettente decise di sollevare la questione di legittimità costituzionale della disciplina del credito fondiario, lamentando questi due quesiti:

- l'art. 38 TUB non stabilisce più il mutuo fondiario come istituto riconducibile alla categoria dei mutui di scopo;
- l'art. 67 L.F. non prevede che l'opponibilità al fallimento dell'ipoteca posta a garanzia di un'operazione di mutuo fondiario iscritta nell'anno anteriore al fallimento, sia subordinata alla verifica dell'effettiva destinazione delle somme erogate alla realizzazione di opere fondiarie.

Secondo il giudice rimettente non sussisteva più la ratio giustificatrice del trattamento preferenziale disposto a vantaggio delle banche rispetto agli altri creditori in sede fallimentare vantaggio consistente nella circostanza che, trattandosi di finanziamenti finalizzati ad incrementare il valore del bene ipotecato, la banca concedente avrebbe potuto recuperare il maggior valore del bene immobile che risultava a seguito del finanziamento dalla stessa concesso.

La Corte, dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale, osservò invece come il giudice rimettente operò una *“apodittica negazione di qualsiasi ratio giustificatrice della tutela privilegiata”* del credito fondiario, omettendo *“del tutto di chiedersi se l'evidente intento di favorire la “mobilizzazione” della proprietà immobiliare – e, in tal modo, l'accesso a finanziamenti potenzialmente idonei (anche) a consentire il superamento di condizioni di crisi dell'imprenditore – costituisca una scelta di politica economica del legislatore, come tale sindacabile da questa Corte solo se ed in quanto manifestamente irrazionale”*.

Per la Corte una pronuncia differente sarebbe stata impossibile, in quanto si sarebbe risolto *“nella costruzione del solo mutuo fondiario come mutuo di scopo, nella previsione di*

meccanismi di controllo dell'effettivo impiego delle somme mutate e, infine, nella sanzione dell'inopponibilità dell'ipoteca che, in caso di inadempimento da parte del mutuatario, dovrebbe paradossalmente andare a carico del mutuante; pronuncia questa inibita dalla impossibilità per la Corte di sostituire all'istituto voluto dal legislatore quello che il giudice rimettente ritiene preferibile sulla base di una sua opzione opposta a quella legislativa”.

Atteso ciò la Consulta decise quindi di confermare la legittimità della disciplina del credito fondiario, ritenendo che la stessa trovasse giustificazione nella necessità di consentire il più facile smobilizzo della proprietà immobiliare, permettendo inoltre all'imprenditore in crisi di utilizzare tale istituto per ottenere finanziamenti che gli consentissero di superare le difficoltà economiche.

Per la Corte tale finalità appare assolutamente legittima e meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. Anche parte della dottrina ha deciso di pronunciarsi a sostegno della legittimità costituzionale, confermando la disciplina di maggior favore prevista per le banche in relazione alle operazioni di credito fondiario e individuando la ratio nell'intento di favorire la valorizzazione della proprietà immobiliare facilitandone l'eventuale smobilizzo.

3.2 L'AZIONE REVOCATORIA

L'azione revocatoria fallimentare è uno strumento a disposizione del curatore finalizzato a ricostituire il patrimonio del fallito.

L'esercizio dell'azione va ad incidere sugli atti posti in essere dal fallito nel periodo antecedente alla dichiarazione del fallimento, in violazione del principio della par condicio creditorum, privandoli di tutti gli effetti da essi prodotti.

L'istituto ha subito ingenti modifiche ad opera delle diverse riforme legislative (cfr. d.l. n. 35/2005; d.lgs. n. 5/2006; d.lgs. n. 169/2007; d.l. n. 83/2012 convertito in l. n. 134/2012, ecc.) che, con l'obiettivo di salvaguardare dal depauperamento il patrimonio del fallito, destinato alla soddisfazione dei creditori, e di evitare una spinta all'aggravamento della situazione di crisi dell'impresa, per via del ritiro del sostegno da parte dei creditori intimoriti dagli effetti di un'eventuale azione revocatoria, hanno sostanzialmente dimezzato il c.d. “periodo sospetto”, ovvero il periodo di operatività dell'azione revocatoria e introdotto una serie di esenzioni rispetto agli atti alla stessa assoggettati.

3.2.1 GLI ATTI REVOCABILI

Gli atti posti in essere dal fallito sono distinti dalla legge fallimentare a seconda che questi abbiano natura di atti a titolo gratuito (art. 64 L.F.), pagamenti (art. 65 L.F.) o di atti a titolo

oneroso, pagamenti e garanzie ex art. 67 L.F.

Negli atti gratuiti (rinunzie, remissioni, adempimenti di debiti altrui, ecc.), la valutazione avviene tenendo conto della concreta causa del negozio, a prescindere dalla forma giuridica rivestita⁵², compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento.

A disciplina analoga sono poi soggetti i pagamenti di crediti scadenti nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente, se eseguiti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento.

Per entrambe le ipotesi regolate dagli artt. 64 e 65 L.F. gli atti sono semplicemente privi di effetto e l'eventuale azione promossa dal creditore per farne dichiarare l'inefficacia ha natura dichiarativa e non è soggetta a prescrizione⁵³.

Per gli atti a titolo oneroso, ex art. 67 c.1 L.F. vengono invece individuate quattro categorie di atti compiuti dal fallito nell'anno o nei sei mesi anteriori al fallimento, per le quali può esercitarsi azione revocatoria, a meno che l'altra parte provi di non essere a conoscenza dello stato d'insolvenza del debitore:

- atti in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso;
- atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento;
- pegni, anticresi e ipoteche volontarie costituiti per debiti preesistenti non scaduti;
- pegni, anticresi e ipoteche giudiziali o volontarie costituiti per debiti scaduti.

Si considerano invece revocati ex art 67 c.2 L.F. i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento *“se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato di insolvenza del debitore”*.

Vi sono poi le c.d. revocatorie “speciali”, in materia di patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 67-bis L.F.), di pagamenti di cambiale scaduta (art. 68 L.F.), di atti fra coniugi (art. 69 L.F.), ecc..

Atteso quanto sopra, il presupposto soggettivo dell'azione revocatoria per gli atti elencati nell'art. 67 L.F. è la conoscenza dell'altra parte dello stato di insolvenza del debitore, che, secondo la giurisprudenza, può essere presunta sulla base di determinati “indici di insolvenza” (notizie sui giornali; protesti; ecc.) in presenza dei quali la conoscenza deve ritenersi dimostrata⁵⁴.

⁵² Cass. n. 17200/2012

⁵³ Cass. n. 20067/2011

⁵⁴ Cass. n. 182/2013

3.2.2 GLI ATTI SOTTRATTI ALLA REVOCATORIA

Non tutti gli atti compiuti dal fallito possono essere colpiti dall'azione revocatoria.

La riforma del diritto fallimentare ha infatti stabilito all'art 67 c.3 L.F. sette categorie di atti sottratti alla revoca domandata dal curatore:

- pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa nei termini d'uso;
- rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca;
- vendite e preliminari di vendita a giusto prezzo aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, ovvero quelli destinati a costituire la sede principale dell'impresa dell'acquirente;
- atti, pagamenti e garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano, la cui fattibilità è attestata da un professionista non legato all'impresa, che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria della stessa e ad assicurarne il riequilibrio finanziario;
- atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata, dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182-bis, nonché posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161;
- pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito;
- pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di amministrazione controllata e di concordato preventivo.

Alle suddette categorie vanno poi aggiunte le esenzioni previste all'art 67 c.4 L.F. per l'istituto di emissione e per le operazioni di credito, su pegno e fondiario, salvo quanto previsto dalle leggi speciali.

3.2.3 ESENZIONE REVOCATORIA CREDITO FONDIARIO

Tutte le operazioni eseguite a favore del credito fondiario godono di esenzione dall'azione revocatoria, beneficiando così di un'impostazione legislativa del tutto soggettiva⁵⁵.

Per facilitare l'interpretazione di quanto disposto dalla legge fallimentare è necessario

⁵⁵ Questa impostazione si limita a recepire quanto già delineato dal Testo unico bancario del 1993 che aveva circoscritto i confini dell'esenzione ai "finanziamenti fondiari" invece che agli Istituti di tale natura.

effettuare un confronto con le disposizioni contenute nel T.U. bancario che, dopo aver fornito all'art. 38 la definizione di credito fondiario, prevede al successivo art. 39 c.4 TUB un'esenzione dalla revocatoria fallimentare limitata alle sole ipoteche contestualmente rilasciate e ai pagamenti effettuati all'interno del rapporto di finanziamento.

Indipendentemente da quanto citato nel testo unico, occorre precisare che l'attuale legge fallimentare al c.4 dell'art 67. amplia il campo di applicazione dell'esonero contenuto nelle prime disposizioni in tema di revocatoria, sganciandosi dalla disciplina prevista dal testo unico⁵⁶.

Nonostante i dubbi che sorgono dall'attuale formulazione dell'art. 67, c.4, la riforma sembra voglia realizzare un'estensione dell'immunità a copertura dei finanziamenti fondiari, al fine di agevolare l'accesso a forme di finanziamento a medio-lungo termine garantite da ipoteca, in un'ottica volta a favorire le imprese in difficoltà.

L'esenzione in commento riguarda operazioni di credito fondiario e in quanto tali, dovrebbe ricomprendere le sole garanzie che assistono tecnicamente il credito fondiario: le ipoteche contestuali e, ove previste, le cd. garanzie integrative⁵⁷.

In caso di diversa soluzione, vi sarebbe il rischio di fornire un'incontrollata porta di accesso all'esenzione a tutte le eventuali garanzie aggiuntive rilasciate dal beneficiario per la medesima operazione, configurando un'eccessiva ed ingiustificata compressione del principio della par condicio⁵⁸.

La presenza di un'esenzione strutturata in termini oggettivi, unitamente al fatto che il credito

⁵⁶ L'art. 67, co. 4 assorbe le disposizioni del TUB. in materia di esenzione a favore del credito fondiario, realizzando così un'abrogazione implicita dell'art. 39, co. 4, TUB. S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, p. 82.

L'art. 39, co. 4 del t.u. bancario dispone che "Le ipoteche a garanzia dei finanziamenti non sono assoggettate a revocatoria fallimentare quando siano state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento. L'articolo 67 della legge fallimentare non si applica ai pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari". La norma prevede due esenzioni: la prima copre l'ipoteca contestualmente fornita all'operazione non considerando eventuali ed ulteriori garanzie fornite dal soggetto beneficiario, la seconda tutela i soli pagamenti effettuati per estinguere il finanziamento fondiario. E' con particolare riferimento alla prima che si evidenzia il contrasto con quanto disposto dall'art. 67, c 4, L.F.

Per un'analisi degli artt. 38 e 39 t.u. bancario cfr. V. SANGIOVANNI, *La particolarità fallimentare del credito fondiario*, in *Fallimento*, 2011, X, p. 1146.

Per l'abrogazione implicita delle disposizioni del t.u.b. in quanto assorbite e regolate dall'art. 67, co. 4 L.F., si veda S. BONFATTI, *Sub art. 67, c. 4, cit.*, p. 1010.

⁵⁷ In questo senso S. BONFATTI, *op. cit.*, p. 1020, secondo il quale per garanzie integrative devono considerarsi "quelle figure di garanzia che, benché diverse dall'ipoteca, abbiano contribuito a far assumere all'operazione creditizia il carattere di finanziamento fondiario".

⁵⁸ Sul punto si veda, ancora, S. BONFATTI, *op. cit.*, p. 1020. In termini analoghi anche G. DELL'ATTI, *Par condicio creditorum e tutela del risparmio e del credito: le esenzioni di cui all'art. 67, c 4, L.F. nel sistema della revocatoria fallimentare*, cit. p. 498, secondo il quale in questo modo si allontanerebbe l'esenzione dalla sua specifica funzione realizzando così un'ingiusta lesione della par condicio creditorum.

A favore di un'interpretazione più ampia, ricomprendente tutte le ulteriori garanzie, S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 83. Nello stesso senso, pur rilevandone in parte l'irrazionalità, G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, cit., p. 837

fondionario possa essere impiegato per qualunque fine, rende l'istituto in esame uno strumento stabile e sicuro per consentire all'impresa in difficoltà di ottenere finanziamenti; incentivando le banche ad erogare mutui più facilmente data la maggiori garanzie offerte⁵⁹.

L'attuale esenzione a favore delle operazioni di credito fondiario sembra superare la sua definizione originaria⁶⁰, configurandosi oggi come la più versatile fra quelle contenute nell'ultimo comma dell'art. 67, risultando legittima ogniqualevolta presenti i requisiti di cui all'art. 38, c. 2 TUB, conferendo così una certa solidità a queste manovre finanziarie.

Alla luce delle considerazioni svolte, tale fattispecie sembra oggi diretta a offrire nuovi canali di finanziamento caratterizzati dalla stabilità, in un'ottica volta a soddisfare il fabbisogno finanziario dell'imprenditore in crisi avvicinando così, sotto il profilo della ratio, l'esenzione in esame ad alcune delle fattispecie contenute nel riformato art. 67, comma 3, L.F.⁶¹.

Il credito fondiario è un istituto che facilita la concessione di finanziamenti. Una certa somma di danaro viene messa a disposizione del debitore (verso il rilascio di una garanzia ipotecaria), obbligando quest'ultimo a restituirla entro un determinato lasso di tempo. Come in tutte le fattispecie d'indebitamento, il pericolo principale per il creditore è che il debitore non riesca a restituire quanto ricevuto. Maggiore è la durata del finanziamento maggiori saranno le possibilità che il mutuatario entri in difficoltà economiche tali da non essere più in grado di far fronte all'obbligazione assunta rendendo impossibile la restituzione.

Premesso quanto sopra, il legislatore decide così di tutelare ulteriormente il creditore stabilendo che, qualora il debitore insolvente che aveva contratto un mutuo fondiario fallisca, eventuali ipoteche a garanzia di finanziamenti sono esentate da revocatoria se iscritte almeno 10 giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento.

L'art. 39, c.4, primo periodo, TUB si riferisce alle sole ipoteche e non alle altre garanzie eventualmente concesse nel contesto del credito fondiario. La concessione di ipoteca si configura quindi come elemento costitutivo della medesima definizione di credito fondiario,

⁵⁹ Corte Cost., 22 giugno 2004, n. 175, in Giur. cost., 2004, III, p. 1797. Con ordinanza del 24 giugno 2002, il Tribunale di Bolzano ha sollevato la questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 3 della Costituzione degli artt. 38 t.u.b. e 67 L.F.. Ad opinione del rimettente, il conflitto fra le due norme generava una ingiustificata disparità di trattamento tra la banca che avesse qualificato il proprio credito come fondiario e gli altri creditori, stante l'assenza di un meccanismo di controllo sull'effettivo utilizzo delle somme erogate; il giudice rimettente, riteneva, infatti, che la modifica apportata dal t.u. bancario in punto di credito fondiario avesse fatto venir meno la ratio giustificatrice di una tutela privilegiata, generando una lesione della par condicio contraria all'art. 3 cost. Il giudice delle leggi ha ritenuto la questione inammissibile, rilevando come la previgente disciplina invocata dal remittente non fosse necessariamente la sola configurabile per l'istituto del credito fondiario e che, peraltro, la nuova struttura delineata dal legislatore poteva rappresentare una scelta di politica economica tale da facilitare "l'accesso a finanziamenti potenzialmente idonei (anche) a consentire il superamento di situazioni di crisi dell'imprenditore".

⁶⁰ In passato la funzione di questa fattispecie di esenzione veniva individuata nel favorire ed agevolare la diffusione immobiliare, cfr. M. E. GALLESIO PIUMA, Esenzioni legislative dalla revocatoria fallimentare e marginalità dell'azione nei confronti di un soggetto "forte", in Giur. comm., 1994, VI, p. 1063

⁶¹ Cfr. B. MEOLI, Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare, in Giur. comm., 2005, I, p. 213

così come risulta esplicitamente dall'art. 38, c.1 TUB. In sua assenza si avrà un finanziamento che tuttavia non potrà essere considerato come “fondiario”.

Come già precedentemente affermato nulla impedisce che all'ipoteca possano essere aggiunte ulteriori garanzie nel caso in cui il finanziamento supera la soglia determinata dalla Banca d'Italia.

Viene infatti rimesso alla stessa, in conformità alle deliberazioni del CICR, determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti in rapporto al valore dei beni ipotecati (art. 38, c.2 TUB).

Con deliberazione CICR 22 aprile 1995 è stato stabilito che l'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario deve essere pari all'80% del valore dei beni ipotecati⁶².

La deliberazione CICR consente tuttavia un'elevazione della percentuale fino al 100% qualora siano prestate garanzie integrative, rappresentate da fideiussioni bancarie e assicurative, polizze di compagnie di assicurazione.

Occorre quindi fare chiarezza per capire se l'esenzione da revocatoria nel contesto del credito fondiario trovi applicazione per la sola concessione di ipoteche oppure se valga anche per le eventuali garanzie integrative.

Limitandosi alla sola lettura dell'art. 39, c.4 TUB, la risposta parrebbe negativa. Considerato che il testo si riferisce esplicitamente alle sole ipoteche, tale regola deve però trovare coordinamento con quanto disposto dall'art 67 c.4 L.F., il quale stabilisce che l'esenzione da revocatoria si possa applicare alle operazioni di credito fondiario.

Da qui è evidente come il disposto della legge fallimentare parli chiaramente di “operazioni di credito fondiario”, facendo riferimenti a tutti gli atti dispositivi (concessione di ipoteche), a tutti i flussi di danaro (pagamento delle rate e anche pagamento che viene effettuato dal debitore in caso di risoluzione anticipata del rapporto) che si realizzano nel contesto del credito fondiario; ecco perché l'espressione utilizzata dalla legge fallimentare va interpretata in maniera estensiva considerando, insieme all'ipoteca, anche le garanzie integrative escluse da revocatoria fallimentare.

Premesso quanto sopra, per comprendere perfettamente la *ratio* del l'art. 39, c.4, primo periodo, TUB, occorre partire dalla semplice considerazione che, l'istituto creditizio per assicurare il proprio credito ha bisogno di garanzie adeguate. Nella fattispecie specifica del credito fondiario, la garanzia deve necessariamente essere costituita da un'ipoteca, ipoteca che deve essere iscritta nei registri immobiliari (art. 2827 c.c.). Il termine di dieci giorni

⁶² Tale rapporto proporzionale costituisce un meccanismo di tutela della banca (e, ancor più, del sistema bancario nel suo complesso), la quale ottiene una garanzia particolarmente sicura: anche laddove il valore del bene calasse (purché in misura limitata), la garanzia continuerebbe a essere sufficiente a coprire il credito vantato dalla banca

previsto dall'art. 39, c.4, primo periodo, TUB decorre infatti dalla sua iscrizione e non dalla concessione.

Se la concessione avviene in contemporanea alla sottoscrizione del contratto, l'iscrizione è successiva ed avviene a conclusione delle formalità indicate nell'art. 2839 c.c..

All'esito dell'iscrizione, il conservatore restituisce al richiedente uno degli originali della nota, certificando, in calce al medesimo, la data e il numero d'ordine dell'iscrizione (art. 2840 c.c.).

Il problema si configura nel momento in cui, la banca procede con l'iscrizione dell'ipoteca con l'obiettivo di creare una situazione che la ponga in vantaggio rispetto agli altri creditori in prossimità del fallimento del debitore.

Secondo le regole generali del diritto fallimentare, un'operazione del genere che esplicita il comportamento opportunistico del creditore dovrebbe essere assoggettata a revocatoria, in quanto finalizzato ad alterare la c.d. *par condicio creditorum*.

L'art. 39, c.4, primo periodo, TUB configura però un'eccezione alle norme dettate dalla legge fallimentare, posta nell'interesse delle banche. Il termine concesso per l'avvio dell'azione revocatoria è difatti decisamente breve, di soli dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento. Una volta trascorso tale lasso di tempo, l'operazione di costituzione della garanzia non può più essere scardinata dall'esercizio di un'azione revocatoria. Se si confronta tale termine con quelli previsti in generale per le azioni revocatorie, si nota che si tratta di un periodo di tempo veramente breve (ad esempio l'art. 65 L.F. prevede un termine di due anni, mentre l'art. 67 L.F. fa riferimento a termini di un anno oppure di sei mesi).

Il principio dell'irrevocabilità della concessione delle ipoteche è ribadito (e anche ampliato) dall'art. 67, c.4 L.F., il quale prevede espressamente come le disposizioni di tale articolo della legge fallimentare non si applichino - fra gli altri casi - alle operazioni di credito fondiario. Si è evidenziato come l'esenzione da revocatoria fallimentare per il credito fondiario (quale risultante dall'art. 39, c.4, primo periodo, TUB) costituisca una situazione di privilegio di cui godono le banche e rispetto alla quale è stato sollevato da taluni il dubbio di conformità rispetto al dettato costituzionale. Il dubbio di costituzionalità sussiste, a maggior ragione, per la previsione dell'art. 67, c.4 L.F.. Mentre la disposizione del testo unico bancario si limita difatti a escludere da revocatoria le ipoteche a garanzia dei finanziamenti quando sono state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza di fallimento, la legge fallimentare pare escludere da revocatoria le operazioni di credito fondiario in generale e, dunque, qualsiasi atto venga posto in essere in tale contesto.

3.3 CONCESSIONE ABUSIVA DI IPOTECHE

Dando seguito a quanto precedentemente analizzato, negli ultimi anni la giurisprudenza evidenzia l'esistenza di un pericolo ove le banche "abusino" del privilegio garantito loro dall'art. 39, c.4, primo periodo TUB⁶³.

Tale abuso va ricondotto ad un comportamento opportunistico della banca in cui, a fronte di un debitore in difficoltà finanziarie, decida di mettere in atto un'operazione di credito fondiario al mero fine di farsi rilasciare – vista l'imminente dichiarazione di fallimento - una garanzia ipotecaria sicura e non aggredibile in sede di revocatoria, trasformando indebitamente un credito di natura chirografaria in un credito garantito da privilegio ipotecario, il tutto a danno degli altri creditori.

Considerato poi che l'ipoteca, in forza della disposizione speciale oggetto di analisi, si consolida nel termine di 10 giorni, decorso tale breve periodo, l'istituto di credito potrà godere di una garanzia che gli consentirà di trovare soddisfazione in via preferenziale.

L'abuso si configura sul fatto che il debito originario non era legato a un'operazione di credito fondiario, ma aveva altro titolo. La banca muta quindi tale titolo con il solo obiettivo di avvantaggiarsi a discapito di tutti gli altri degli altri creditori: alterando la *par condicio creditorum*.

Viene quindi a mancare un nesso tra concessione del finanziamento e rilascio dell'ipoteca. La stessa mancanza di collegamento, se riscontrata, farebbe perdere la qualifica di credito fondiario e con essa svanirebbe il principio di esenzione assicurato dalla normativa.

In tale materia, relativa a concessione di garanzie ipotecaria a favore della banca in prossimità del fallimento del debitore la giurisprudenza non ha tardato ad esprimersi.

Le valutazioni dei giudici sono, con poche eccezioni concordi nel considerare come non efficace oppure invalida l'operazione appena descritta, anche se argomentazioni a supporto di tale tesi variano di caso in caso.

Con riferimento a questo genere di operazioni, merita, in particolare, di essere menzionata una sentenza dalla Corte di cassazione, secondo la quale la concessione di un mutuo fondiario – destinato non già a creare una nuova effettiva disponibilità bensì a fornire la provvista al mutuatario per ripianare un precedente debito nei confronti della banca su conto corrente - integra la fattispecie complessa del negozio/procedimento indirettamente solutorio.

La sua revoca, ai sensi dell'art. 67, c.1, n. 2, L.F., riguarda, inoltre, la revoca della stessa garanzia, non operando il beneficio del consolidamento. La Corte di cassazione invoca l'art. 67, c.1, n. 2, L.F. secondo cui "*sono revocati gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti*

⁶³ Cass. 8564/2009; Cass. 20622/2007

nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento”, in quanto la nuova operazione finanziaria - consistente nella concessione di un mutuo garantito da ipoteca – non è giustificata da nessuna motivazione di tipo sostanziale meritevole di tutela. La complessiva transazione serve in realtà solo ad assicurare alla banca il soddisfacimento di un suo precedente credito, sostituendolo con un credito garantito da ipoteca e - per tale ragione - destinato in sede fallimentare a essere soddisfatto con preferenza rispetto alle posizioni dei creditori chirografi. Secondo la Cassazione, l'operazione di concessione del finanziamento va revocata e - di conseguenza - viene meno l'ipoteca, che aveva ragione di esistere solo come garanzia del mutuo.

Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito, il Tribunale di Latina ha affermato che, qualora il contratto di mutuo fondiario venga utilizzato non già al fine di erogare la somma mutuata, ma per ripianare debiti nei confronti della banca mutuante e sostituire i debiti chirografi con altri di pari importo assistiti da garanzie reali e personali, l'operazione non è meritevole di tutela, in quanto il contratto di mutuo viene utilizzato non già per concedere un finanziamento ma per costituire un'ipoteca a garanzia di un debito preesistente. Secondo il Tribunale la fattispecie sarebbe priva di un nesso causale tra mutuo e garanzia, in quanto la causa concreta di garanzia non avrebbe nulla a che vedere con il tipo legale del mutuo, e affetta da nullità *ex art. 1418 c.c.* Sempre a livello di giurisprudenza di merito, il Tribunale di Terni ha affermato che il ripianamento dell'esposizione di una società verso una banca, tramite la concessione di un mutuo fondiario ipotecariamente garantito, integra, nelle forme del procedimento indiretto, un mezzo anormale di pagamento *ex art. 67 L.F.*, in quanto presenta lo scopo, esorbitante dalle singole tipiche cause negoziali, di sostituire a un credito chirografo un credito privilegiato. La non meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso tale collegamento funzionale inficia non solo l'intera operazione negoziale, ma anche sull'atto mediante il quale la stessa si realizza⁶⁴. Il Tribunale di Terni sottolinea la scorrettezza della condotta del creditore, il quale, avvalendosi della sua posizione di forza, induce l'imprenditore già in stato di bisogno, a stipulare un ulteriore contratto per assicurarsi il rientro delle somme prestate. In tal modo l'approfittamento del creditore finisce per incidere negativamente sull'equilibrio economico-finanziario dell'azienda, ledendo i diritti del restante ceto creditorio.

La dottrina utilizza spesso la locuzione “*uso anormale*” (o distorto) del credito fondiario, intendendo con essa i casi in cui il finanziamento fondiario sia effettuato da una banca allo scopo di estinguere un precedente debito chirografario (non assistito da garanzie) del soggetto

⁶⁴ Tribunale di Terni 1136/2008

beneficiario verso la banca stessa⁶⁵. E' facile immaginare, infatti, che *“in una situazione in cui il debitore si trovi nella difficoltà di far fronte al precedente debito chirografario verso la banca, sia forte la tentazione per entrambe le parti di ripianare la precedente esposizione utilizzando un finanziamento fondiario”*⁶⁶. E' evidente pertanto la convenienza di tale operazione nel momento di difficoltà del debitore, considerato che la banca otterrebbe il vantaggio di sostituire l'originario credito chirografario (che con tale operazione viene estinto) con un credito assistito da garanzia reale fondiaria. Garanzia sostanzialmente irrevocabile ex art. 67 L.F. (in quanto l'ipoteca si consolida nel breve termine di 10 giorni); il debitore finanziato, d'altro canto, riesce a sostituire un debito a breve (scaduto) con un debito a medio e lungo termine (pagabile a rate).

Il problema nascente in relazione all'uso anomalo del credito fondiario, è se l'operazione di credito fondiario possa essere in qualche modo attaccata dagli organi fallimentari qualora il debitore venga dichiarato fallito dopo il decorso di 10 giorni dalla iscrizione ipotecaria. Mentre la giurisprudenza si è espressa sull'argomento sanzionando questo tipo di operazioni, soprattutto se poste in essere in caso di fallimento del debitore⁶⁷, la dottrina si è invece maggiormente concentrata sull'inquadramento giuridico dell'operazione dell'estinzione di un pregresso debito con l'utilizzo di un erogazione fondiaria, o comunque con l'utilizzo di una nuova forma di finanziamento ipotecario. In proposito, infatti, si è parlato di simulazione, di negozio in frode alla legge, di negozio indiretto, e di negozio novativo⁶⁸.

Parte della dottrina ha escluso a priori che il finanziamento fondiario effettuato al fine di ripianare pregressi debiti del soggetto beneficiario verso lo stesso soggetto finanziatore possa essere tacciato di simulazione (tesi della simulazione), dato che il contratto di finanziamento è espressione della volontà delle parti e tende a realizzare in capo al finanziato una disponibilità effettiva, quanto meno giuridica, della somma erogata⁶⁹. E' inoltre escluso, altresì, che il suddetto finanziamento possa essere tacciato di illiceità per lesione della *“par condicio creditorum”* (tesi del negozio in frode alla legge), in quanto lo scopo finale di sostituire un credito chirografario con uno ipotecario non è contrario a norme imperative o di ordine pubblico, né il principio della *“par condicio creditorum”* configura un negozio in frode alla legge (un negozio in frode ai creditori, il quale però non è di per sé illecito, in quanto manca,

⁶⁵ BOZZA G., Evoluzione ed attualità del credito fondiario. Gli usi anomali, in *“Mutui ipotecari (I) – Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali”*, Collana *“Comitato regionale notarile lombardo – Studi del Convegno di Bergamo, 13-11-1998”*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 44, 61. ZIMATORE A., op. cit., pp. 136-137

⁶⁶ BOZZA G., op. ult. cit., p. 44. FILOGRANO G.R., op. cit., p. 98

⁶⁷ BOZZA G., op. ult. cit., pp. 44-46, 62. Corte di Cassazione, sent. 24 ottobre 1967, n. 2621, in *“Banca, Borsa e Titoli di credito”*, 1968, II, p. 55

⁶⁸ PETRAGLIA A.U. / PATRIA L., op. cit., p. 131.

⁶⁹ BOZZA G., op. ult. cit., pp. 46-51, 62-73

nell'ordinamento, una norma che sancisca in via generale l'invalidità di un tale contratto)⁷⁰.

Esclude, infine, che il suddetto finanziamento possa essere considerato come negozio indiretto finalizzato alla estinzione del credito originario (tesi del negozio indiretto), in quanto lo scopo finale dell'intera operazione è invece quello di sostituire un credito chirografario con un credito ipotecario in modo che l'ipoteca garantisca (non un credito preesistente, scaduto o non, ma) un credito contestualmente creato⁷¹.

Atteso quanto sopra, altra parte della dottrina, ritiene che la sostituzione di un nuovo rapporto di debito-credito a quello preesistente realizzi una novazione oggettiva dell'originario rapporto giuridico (tesi del negozio novativo)⁷². Della novazione oggettiva, infatti, l'operazione in esame presenta tutte le caratteristiche: l'“animus novandi”, che rispecchia lo specifico intento negoziale dei contraenti di estinguere la precedente obbligazione; l'“aliquid novi” del mutamento sostanziale del titolo del rapporto; e, infine, l'interesse della banca a sostituire al credito chirografario un credito garantito e l'interesse del debitore a dilazionare nel tempo il proprio debito originario, realizzando così la causa o funzione tipica della novazione, rappresentata dallo specifico interesse delle parti al mutamento oggettivo del preesistente rapporto.

Con tale operazione, in definitiva, le parti mutano il precedente contratto dando origine ad un titolo differente da quello esistente sia nella durata sia nel tipo di garanzia concessa.

3.4 SUPERAMENTO DEL LIMITE FINANZIABILE

Come già precedentemente annunciato, l'art 38 TUB al secondo comma stabilisce che è compito della Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da realizzare sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisca la concessione di finanziamenti.

La delibera del CICR del 22 aprile 1995, e dalle conseguenti istruzioni applicative di Banca d'Italia, fissa l'attuale limite massimo di finanziabilità nella misura pari all'80 per cento del valore dei beni ipotecati (credito fondiario) o del costo delle opere da eseguire sui beni medesimi (credito edilizio); fatta salva la possibilità di elevare tale percentuale al 100 per cento attraverso il rilascio di garanzie integrative⁷³.

⁷⁰ TARDIVO C.M., op. ult. cit., p. 65. BOZZA G., op. ult. cit., pp. 54-57, 73-81

⁷¹ BOZZA G., op. ult. cit., pp. 51-58

⁷² BOZZA G., op. ult. cit., pp. 58-63

⁷³ In passato erano previsti due diversi limiti di finanziabilità per il credito edilizio (90%) e per il credito fondiario (75%): come evidenziato da R. COSTI, L'ordinamento bancario, Bologna, 2007, 440,

Dunque, è possibile osservare come il II comma dell'art. 38 TUB vada a collegare l'importo del finanziamento alla garanzia prestata.

Tale rapporto preesisteva al testo unico bancario e individuava la sua ratio nella necessità di assicurare il recupero della somma mutuata, in caso di inadempimento, mediante una adeguata garanzia ipotecaria.

Infatti, *“mutui di importo eccessivo rispetto al valore o ai prevedibili costi di edificazione degli immobili a garanzia, avrebbero creato dei problemi sul versante della restituzione del risparmio all'uopo raccolto, o, quantomeno, sull'equilibrio finanziario degli istituti che si dedicavano (in via esclusiva) alle operazioni”*⁷⁴.

In ragion di ciò, è molto interessante comprendere la ratio del limite di finanziabilità al fine anche di individuare quali possono essere le conseguenze in caso di mancata osservanza dello stesso.

Diversi sono gli orientamenti, come molteplici sono le soluzioni accavallate nel corso degli anni.

Se in passato la giurisprudenza di merito aveva affermato che l'inosservanza dei limiti indicati comportasse la nullità del contratto limitatamente alla parte esuberante, che si converte in un finanziamento ipotecario ordinario⁷⁵, con il passare degli anni l'idea è stata completamente stravolta⁷⁶.

Un primo caso degno di analisi riguarda il Tribunale di Venezia e risale al 10 maggio 2012⁷⁷.

I giudici veneziani sono stati chiamati a valutare la validità di un contratto di mutuo fondiario a seguito del superamento del limite massimo finanziabile.

La banca opponente infatti contestava di fronte al Tribunale la decisione del G.D. di escludere il credito vantato dalla medesima in forza di un contratto di mutuo fondiario, in quanto lo stesso veniva considerato nullo per violazione dei limiti di finanziabilità stabiliti da CICR e Banca d'Italia. Dinanzi a tale reclamo anche lo stesso Tribunale decise di seguire la riga iniziata dal giudice delegato confermando che il superamento del limite comportava la nullità del contratto e allo stesso tempo escludeva la banca stessa dall'ammissione al passivo in quanto la domanda di conversione del finanziamento fondiario in mutuo ipotecario ordinario sarebbe stata proposta solo in fase di opposizione. A sua difesa la banca invocava il fatto che

la semplificazione di detto limite è coerente con la *reductio ad unum* delle due fattispecie nell'ambito della figura unica del credito fondiario.

⁷⁴ G. Tarzia, Il credito fondiario ed i limiti di finanziabilità nella precedente e nell'attuale normativa in Il fallimento 2/2013 cit. pag. 216

⁷⁵ Tribunale di Roma, sent. 2 febbraio 1989, in “Temi Romana”, 1989, p. 80. BOZZA G., op. ult. cit., p. 27

⁷⁶ Cass. 28.11.2013 n.26672

⁷⁷ La sentenza ha ad oggetto una opposizione al decreto con cui il giudice delegato aveva dichiarato esecutivo lo stato passivo. La motivazione del rigetto dell'istanza della banca è stata la seguente: “respinta in quanto contratto nullo per superamento dell'ammontare massimo del finanziamento ex art 38 e delibera CICR 22/4/1995, alla luce dell'integrazione della perizia eseguita su incarico degli organi della procedura

secondo l'ordinamento bancario dovrebbe essere disapprovato il comportamento della banca e non il contratto di mutuo fondiario, da qui la banca dovrebbe vedersi infliggere solamente sanzioni di natura amministrativa ben lontane dalla nullità dell'intero contratto. Sempre secondo la banca, qualora il Tribunale non volesse discostarsi dalla decisione di annullare il contratto, la nullità dovrebbe solamente riferirsi all'eventuale parte di finanziamento concesso in eccedenza rispetto al limite fissato.

Nonostante tale tesi argomentativa, il Tribunale rigettava l'opposizione e confermava la decisione assunta dal G.D..

Sulla base di tale sentenza non manca dottrina e giurisprudenza contraria.

Secondo la dottrina, in ragion di tale situazioni si possono configurare quattro ipotesi:

- nullità dell'intera operazione di credito fondiario, a meno che non risulti che le parti avrebbero comunque voluto il contratto per il minore importo così come risultante dal rispetto delle percentuali fissate dalla legge;
- nullità parziale del contratto per la sola parte eccedente la percentuale massima di concessione del credito fondiario e conversione di questa parte in mutuo ipotecario ordinario, mentre per la parte rientrante nel suddetto limite continuerebbe a trovare applicazione la disciplina del credito fondiario;
- nullità del contratto di mutuo fondiario per l'intero e sua conversione in mutuo ipotecario ordinario, qualora ne ricorrano i presupposti;
- erogazione delle sole sanzioni amministrative a carico della banca erogante, trattandosi di una norma posta a tutela di un interesse di settore e non pubblico.

Il Tribunale di Venezia, come già anticipato, decise di adottare una scelta più drastica rispetto a quelle appena elencate, seguendo una linea già adottata in passato dalla Suprema Corte.

Secondo la dottrina, la scelta della giurisprudenza di risolvere la questione optando per la nullità (totale o parziale) del contratto di credito fondiario muove dal presupposto che la disciplina di favore posta dal TUB in tale materia deve rispondere a delle esigenze di carattere generale mirate a garantire il corretto funzionamento del mercato.

Tesi che secondo la dottrina non è sufficiente a compensare gli effetti della nullità del contratto. Le norme che fissano i limiti di finanziabilità sono contenute in un regolamento la cui finalità è quella di far tenere agli istituti un comportamento prudentiale,

In giurisprudenza però, non mancano pronunce secondo cui la violazione di norme di condotta, per quanto poste a tutela di interessi che trascendono quelli dei singoli contraenti, non può riverberarsi sulla validità del contratto tra le stesse concluso. La sentenza del Tribunale di Venezia richiama proprio la giurisprudenza della Cassazione la quale afferma che *“la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418,*

comma 1, c.c., postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto”.

Tale affermazione però, sempre a parere del ramo della giurisprudenza che ritiene eccessivo la nullità del contratto richiede una precisazione: *“l’esistenza di un limite massimo di importo finanziabile è sicuramente un elemento caratterizzante la fattispecie del credito fondiario, ma non può essere considerato tale nella sua concreta quantificazione. È sempre stato previsto, infatti, per il credito fondiario un tetto massimo di finanziabilità in relazione al valore degli immobili posti a garanzia del medesimo, ma tale limite è variato nel corso del tempo: nella riforma del 1976 (l. 16 ottobre 1975 n. 492 e D.P.R. 21 gennaio 1976 n.7) era previsto il limite del 50% del valore degli immobili ipotecati, poi innalzato con la legge del 1991 al 75 per cento per il credito fondiario e al 90 per cento per il credito edilizio, fino ad arrivare all’80 per cento stabilito dal TUB per i contratti di credito fondiario tout court. Il rapporto tra valore dei beni oggetto di garanzia e importo finanziabile, come si vede, ha subito variazioni nel corso del tempo, e non è certo individuato dal legislatore quale elemento immutabile. La previsione della competenza in capo al CICR e alla Banca d’Italia per la fissazione di detta percentuale è, anzi, nell’ottica di permetterne una revisione più agevole, alla luce delle condizioni del mercato.*

Vi è, poi, un altro argomento in forza del quale si può concludere che il superamento del limite massimo di finanziabilità costituisca un elemento eccessivamente mobile per riconnettervi una conseguenza tanto radicale com’è quella della nullità del contratto: la disciplina del credito fondiario prevede la possibilità di innalzare il rapporto tra valore degli immobili ipotecati e importo massimo finanziabile fino al 100 per cento, in presenza di garanzie integrative. Da ciò si può trarre la conclusione della natura puramente convenzionale del tetto dell’80 per cento attualmente stabilito dal CICR, quale limite prudenziale all’operatività delle banche. Sarebbe eccessivo (nonché in contrasto con il principio di conservazione dei negozi giuridici) dichiarare nullo l’intero contratto per il solo mancato rispetto del limite massimo di finanziabilità, elemento soggetto, sotto vari profili, a variazioni e risultato di valutazioni tecniche difficilmente univoche e facilmente sindacabili ex post.

Se la banca, nello stipulare un contratto di questo tipo, ignorasse del tutto di far riferimento al limite fissato dalla delibera del CICR allora potremmo parlare di nullità del contratto; il mancato rispetto sotto il profilo meramente quantitativo invece, a parere di chi scrive, non investe la struttura del rapporto negoziale e non può portare ad una declaratoria di nullità del medesimo.

Si ricorda, inoltre, che in passato la fissazione del limite massimo di concessione del credito

fondionario era contenuta in norme di legge, ossia negli artt. 4 e 9 della l. 175/1991: il precedente della Cassazione - che la sentenza del Tribunale di Venezia non richiama esplicitamente, ma del quale condivide l'impostazione -, si inseriva proprio in quel contesto normativo e sanzionava con la nullità l'intera operazione fondiaria per violazione dei limiti di finanziabilità stabiliti dalla legge. Ora, non può essere irrilevante la circostanza che il legislatore del 1993 abbia deciso di rimettere ad una fonte regolamentare l'individuazione delle percentuali massime del finanziamento fondiario: la ragione di tale intervento di delegificazione è – come detto - quella di consentire maggior flessibilità su un elemento della fattispecie del credito fondiario che può risultare differente in ragione dei diversi momenti storici. La violazione delle percentuali di finanziabilità fissate dal CICR e dalla Banca d'Italia potrà comportare al più sanzioni di carattere amministrativo in capo all'istituto di credito. Manca, ad avviso di chi scrive, l'interesse pubblico all'eliminazione del contratto caratterizzato da eccessiva fondiarietà dalla vita economica, mentre sono molte le ragioni per considerare la condotta della banca sanzionabile in via amministrativa.

Va sottolineato, ancora, come l'individuazione del valore del compendio immobiliare in rapporto al quale viene determinato il quantum finanziabile sia basata su perizie incaricate dagli istituti eroganti, che – come già anticipato – sono un elemento di forte opinabilità: solitamente, una volta portato il contratto di credito fondiario all'attenzione del giudice, questi ordina una nuova perizia sugli immobili sui quali si è iscritta ipoteca. Tale seconda perizia interviene in un momento successivo e sconta inevitabilmente il vantaggio di una serie di informazioni che, al momento della concessione del credito, non si era potuto considerare. Sanzionare con la nullità la violazione di un elemento della fattispecie così fortemente volubile com'è la determinazione del valore dei beni ipotecati, contrasta con la natura stessa della sanzione in questione. Se guardiamo alla nullità del contratto così come disciplinata dal codice civile, essa sanziona ipotesi di scostamento dal dato normativo molto gravi, relativamente ad elementi del negozio necessari e immutabili nel tempo. Non appare corretto, quindi, investire con la nullità un contratto di credito fondiario per violazione del limite massimo di finanziabilità fissato dal CICR, alla luce della forte oscillazione dei valori dei beni ipotecati risultanti dalle perizie immobiliari, sulle quali poi ci si basa per l'individuazione concreta dell'importo che la banca può concedere.

Così non fosse, e si considerassero invece le disposizioni di fissazione del limite massimo di finanziabilità come rispondenti a finalità di carattere pubblicistico, optando dunque per la nullità del contratto fondiario, questa - a parere di chi scrive -, dovrebbe essere limitata alla sola parte di mutuo eccedente le percentuali consentite: il finanziamento fondiario ha ad oggetto la dazione di somme di denaro, obbligazione sempre divisibile e pertanto non vi sono

ostacoli a ritenere che la sanzione della nullità colpisca quella parte di contratto che eccede il limite dell'80 per cento del valore dell'immobile ipotecato. Se, infatti, la ratio delle previsioni che fissano un importo massimo di finanziamento fondiario in relazione al valore dei beni sui quali viene iscritta ipoteca a garanzia del medesimo è quella di salvaguardare l'interesse pubblico connesso alla sana e prudente gestione dell'attività bancaria, non avrebbe senso alcuno colpire con la sanzione della nullità anche quella parte di contratto che tali limiti rispetta. Per quanto riguarda la sorte della parte di mutuo concesso oltre l'80 per cento del valore dei beni ipotecati, essa ben potrà convertirsi in mutuo ipotecario ordinario, trattandosi come detto di obbligazione pecuniaria, come tale divisibile⁷⁸”.

Atteso quanto sopra, è comunque evidente, infatti, che in alcuni casi, per la banca erogante, la concessione di finanziamenti caratterizzati da fondiarietà abbia come unico obiettivo quello di consolidare nel più breve tempo possibile l'ipoteca.

Ciò nonostante, sempre secondo la dott.ssa Leggieri occorre tenere a mente che *“nel 2004 la Corte Costituzionale ha voluto ricordare come caratterizzante tali contratti, ossia quello dello smobilizzo della proprietà immobiliare per l'ottenimento di credito, anche per permettere all'imprenditore di superare situazioni di crisi; rendere troppo aleatoria l'effettiva tenuta delle operazioni credito fondiario, lasciando alla valutazione oscillante dei periti in punto di valore dei beni ipotecati la decisione sulla validità di detti contratti, porterebbe alla conseguenza – prociclica rispetto alla contrazione che la concessione del credito ha subito in questi anni di crisi finanziaria – di una fuga delle banche dai contratti di credito fondiario, con il risultato di un'ulteriore aggravamento delle condizioni del ceto imprenditoriale”*

Come il Tribunale di Venezia, anche la Corte d'Appello di Firenze con sentenza del 18 settembre 2012, ha stabilito che *“ai fini della determinazione del valore dell'immobile per accertare il carattere fondiario, o meno, di un finanziamento, nella natura delle cose l'interesse a sopravvalutare i cespiti, più che in capo all'istituto mutuante, si manifesta in capo all'impresa mutuaria, sicchè il sospetto di un allontanamento del sano criterio estimativo prudenziale dettato dalla professionalità del banchiere non può essere gratuitamente enunciato, ma va suffragato da una serie di risultanze probatorie”*.

Il Tribunale pur sostenendo che non è la Banca d'Italia a creare il tipo o la clausola contrattuale, ma l'oggetto, la prestazione (concessione del finanziamento) che viene determinata nel massimo ammontare da norma secondaria ha, al contempo, ritenuto che la violazione dell'art. 38 T.U.B. *“determina nullità ex art. 1418, I comma, c.c.”* in quanto *“una*

⁷⁸ Rivista di diritto Bancario 2012 - Dott.ssa Rossana Leggieri, Studio De Poli - Venezia

normativa che incide direttamente sull'oggetto del contratto attiene agli elementi essenziali dello stesso e non all'apposizione di doveri di comportamento".

Il giudice ha motivato il provvedimento richiamando il principio secondo il quale il mutuo fondiario concesso a fronte di un'ipoteca su un bene immobile, non può eccedere l'80% del valore dell'immobile stesso.

Nonostante la similarità delle due sentenze emanate dalle due corti, il ragionamento viene completamente invertito dalla Suprema Corte⁷⁹.

In detta occasione, infatti, la Corte di Cassazione torna ad affrontare il tema del mancato rispetto del limite di finanziabilità ed, accogliendo il ricorso presentato dalla banca, afferma come, dalla violazione del suddetto limite di finanziabilità pari all'80% del valore dell'immobile, non possa discendere la nullità del contratto di mutuo fondiario.

La Corte evidenzia come l'art 38 comma 2 TUB non sia norma posta a tutela del contraente più debole, quanto piuttosto a tutela delle stesse banche e del sistema bancario, in quanto volta ad impedire che le banche assumano esposizioni finanziarie senza adeguate garanzie.

Diversamente, il cliente ha tutto l'interesse ad ottenere il finanziamento nel massimo importo possibile, anche a prescindere dal limite di finanziabilità.

In caso di violazione dell'art. 38, comma 2, TUB, secondo la Corte non risulterebbe quindi applicabile la nullità relativa di cui agli artt. 117 e 127 TUB, posto che il cliente non abbia interesse a farla valere e perché comunque troverebbe applicazione l'art 127 comma secondo n. 1 TUB, secondo cui le disposizioni del Titolo VI, e quindi dell'art 117 comma 8, sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente, ed un mutuo concesso oltre il limite di finanziabilità è di regola più favorevole al mutuatario.

Si concretizza un'ipotesi di nullità cd. virtuale, per contrarietà del contratto a norme imperative in difetto di espressa previsione. Posto che la disposizione imperativa non incida sul sinallagma contrattuale ma investa esclusivamente il comportamento della banca tenuta ad attenersi al limite prudenziale stabilito dall'art 38, c.2, del TUB e dalla circolare del CICR del 1995.

In altre parole, le disposizioni in questione non appaiono volte a contrastare norme inderogabili sulla validità del contratto ma appaiono norme di buona condotta, la cui violazione potrebbe comportare l'irrogazione di sanzioni previste dall'ordinamento bancario, qualora ne venga accertata la violazione a seguito dei controlli che competono alla Banca d'Italia, nonché eventuale responsabilità verso gli amministratori della banca, ma in ogni caso senza configurare una causa di nullità, parziale o totale, del contratto di mutuo.

Da ultimo, osserva la Cassazione, considerato che il limite di finanziabilità del mutuo

⁷⁹ Cass. 28.11.2013 n.26672

ipotecario viene stabilito in funzione della stabilità patrimoniale della banca erogante, l'eventuale nullità derivante dal superamento dei limiti di finanziabilità pregiudicherebbe la ratio sulla quale si fonda la norma stessa.

In definitiva, sebbene la disciplina speciale di cui agli artt. 38 ss. T.U.B. conduca in effetti ad un trattamento particolarmente favorevole agli istituti bancari eroganti a discapito degli altri creditori concorrenti. Tuttavia non per questo si deve concludere per la nullità e/o illiceità del finanziamento. Un atteggiamento troppo rigido contrasterebbe i principi espressi dalla stessa Corte costituzionale, che ha più volte ribadito la legittimità dell'istituto⁸⁰.

3.5 L'ESENZIONE DA REVOCATORIA PER I PAGAMENTI EFFETTUATI DAL DEBITORE

Sempre con riferimento alla materia della revocatoria fallimentare nel contesto del credito fondiario, l'art. 39, c.4, secondo periodo TUB prevede che *“l'articolo 67 della legge fallimentare non si applica ai pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari”*. Si tratta di una problematica già citata, analizzata dalla prospettiva opposta: ovvero nel caso in cui il debitore effettui un trasferimento di denaro a titolo di pagamento nei confronti dell'istituto di credito. Occorre però rilevare una leggera differenza, se l'art. 39, c.1 primo periodo TUB prevede una esenzione generalizzata da revocatoria fallimentare, l'art. 39, c.1 secondo periodo TUB stabilisce invece una esenzione specifica mirata solamente all'art. 67 L.F..

La *ratio* di questa disposizione va ricondotta al fatto che, in caso di fallimento del debitore, eventuali pagamenti effettuati dallo stesso a favore della banca a seguito della pendenza di un credito fondiario potrebbero essere considerati come effettuati in violazione della *par condicio creditorum* e quindi soggetti a revocatoria fallimentare.

La disposizione in commento chiarisce tuttavia che, l'ipotesi di considerare invalidi tali pagamenti non è percorribile. Pertanto anch'essi non potranno essere oggetto di azione revocatoria. Come per la concessione di ipoteche, anche per l'esecuzione di pagamenti da parte del debitore a favore del creditore fondiario sussiste un privilegio in favore dell'intermediario finanziario volto a deteriore i diritti di tutti gli altri creditori del debitore, configurando nuovamente dubbi di costituzionalità cui già precedentemente affrontati.

La definizione di “pagamenti” del debitore va intesa in senso ampio. Questi non si limitano al

⁸⁰ Corte cost., 22.06.2004, n. 175

semplice pagamento della rata versata dal debitore a titolo di rimborso – rata che solitamente è composta da capitale ed interessi – ma si estendono anche ad ogni ulteriore somma versata dal mutuatario connessa al credito fondiario, una su tutti: gli interessi di mora.

Premesso ciò, non sussistono dubbi sul fatto che i pagamenti delle rate effettuati dal debitore fondiario sono esenti dal rischio revocatoria. Questo viene esplicitato dalla disposizione appena illustrata, il dubbio nasce invece su ulteriori somme che il debitore è chiamato ad elargire in caso di una risoluzione anticipata del rapporto di credito fondiario.

Se il soggetto che è in condizione di pagare subito per intero il prezzo di un immobile non ha la necessità di contrarre un mutuo, può evitare di sottoscrivere un rapporto contrattuale di finanziamento, in mancanza di fondi solamente grazie al finanziamento concesso dalla banca che il debitore riesce ad ottenere quelle risorse che - unitamente a quelle di cui già dispone – gli consentono di acquistare un immobile.

Considerato che il credito fondiario è un istituto oneroso, è interesse del debitore riuscire ad estinguerlo anticipatamente reperendo risorse finanziarie che gli permettano inoltre di beneficiare di una riduzione di interessi da corrispondere.

In ragione di quanto appena descritto, è interesse di qualsiasi mutuatario estinguere il prima possibile il debito contratto potendo beneficiare non solo di una riduzione di interesse, ma anche liberandosi dei gravami iscritti sull'immobile e potendo così godere pienamente dello stesso.

Partendo dalle considerazioni di cui sopra, il legislatore favorisce l'estinzione anticipata del rapporto di credito fondiario, permettendo ai debitori di estinguere (parziale o integrale) anticipatamente il debito contratto, corrispondendo alla banca un compenso onnicomprensivo per l'estinzione contrattualmente stabilito (art. 40, c.1, primo periodo TUB).

Rimane da dire che sotto il profilo della terminologia usata vi sono alcune imprecisione. Manca infatti una vera distinzione tra “estinzione” (pagamento integrale del debito) e semplice “rimborso” (pagamento parziale del debito).

In ambito fallimentare, ai sensi dell'art. 39, c.4 secondo periodo TUB, l'art. 67 L.F. non trova applicazione verso i pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari. Dalla terminologia usata, la disposizione assume un'ampia estensione ricomprendendo tutte le forme di pagamento: rate unitamente a somme versate a titolo di estinzione anticipata del finanziamento.

Il testo unico esclude l'applicabilità del solo art. 67 L.F..

Nulla sembra dire invece in merito all'art. 65 L.F., secondo cui sono privi di effetto, nei confronti dei creditori, i pagamenti di crediti scadenti nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente, se tali pagamenti sono stati eseguiti dal fallito nei due anni

anteriori alla dichiarazione di fallimento. L'art.65 L.F. si riferisce a crediti diversi da quelli garantiti da ipoteca, per i quali trova applicazione la disposizione speciale indicata all'art 67 L.F.

A sciogliere i dubbi in proposito è intervenuta la Corte di cassazione, la quale ha specificato che l'art 65 L.F. *“non può trovare applicazione quando il diritto di conseguire l'estinzione anticipata del debito e la correlativa cancellazione dell'ipoteca sia accordato al mutuatario direttamente e inderogabilmente da specifiche disposizioni di legge”*⁸¹.

3.6 CREDITO FONDIARIO: ONERI BANCARI PER LA CONSERVAZIONE DEL PRIVILEGIO FONDIARIO

Il Testo Unico Bancario, all'art. 41 c.2, stabilisce che l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche successivamente la dichiarazione di fallimento del debitore.

Al curatore è rimessa la facoltà di intervenire nell'esecuzione, considerato che l'eventuale somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, deve essere attribuita alla procedura fallimentare.

Come già precedentemente annunciato il potere di iniziare o proseguire l'azione esecutiva nei confronti del debitore dichiarato fallito, riservata all'istituto di credito fondiario, configura un privilegio di carattere meramente processuale, che si configura nella possibilità non solo di iniziare o proseguire la procedura esecutiva individuale, ma anche di conseguire l'assegnazione della somma ricavata dalla vendita forzata dei beni del debitore nei limiti del proprio credito⁸².

L'art. 41, c 2 del testo unico bancario, prevede che il creditore fondiario può iniziare o proseguire l'azione esecutiva sui beni ipotecati anche successivamente alla dichiarazione di fallimento del debitore, deroga al divieto di azioni esecutive individuali previsto dall'art. 51 L.F., ma non anche alla norma imperativa di cui all'art. 52 L.F., secondo la quale ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o esentato dal divieto di azioni esecutive, deve essere accertato nelle forme previste dalla legge fallimentare. L'insinuazione al passivo costituisce un onere per la banca mutuante (sancito espressamente, a seguito della riforma della legge fallimentare, anche per i creditori esentati dal divieto di cui all'art. 51 L.F.) al fine di poter trattenere definitivamente, nei limiti del "quantum" spettante a ciascun creditore concorrente all'esito del piano di riparto in sede fallimentare, le somme provvisoriamente percepite a titolo

⁸¹ Cass. 19978/2008

⁸² Cass. n. 13996/2008; Trib. Monza, 13/04/2015

di anticipazione in sede esecutiva⁸³.

L'assegnazione ha quindi carattere meramente provvisorio, è onere della banca renderla definitiva mediante l'insinuazione al passivo.

Più volte la Corte di Cassazione⁸⁴ ha escluso che le disposizioni eccezionali sul credito fondiario - concernenti solo la fase di liquidazione dei beni del debitore fallito e non anche quella dell'accertamento del passivo - possano essere esentate dal principio di esclusività della verifica fallimentare ex art. 52 L.F..

La somma assegnata a seguito di procedura individuale avrà sempre efficacia transitoria. Ratio di tale principio va ricondotto al rispetto della c.d. "par condicio creditorum", infatti solamente l'intervento del curatore nella procedura garantirà che il processo si svolga nel rispetto della legge a garanzia della procedura, imponendo inoltre l'onere per l'istituto bancario di insinuarsi al passivo garantendo la massima trasparenza per tutti i creditori concorsuali.

Tali principio trova affermazione indipendentemente dal soggetto che ha dato impulso alla procedura esecutiva individuale. Pertanto qualora sia stato soggetto terzo a promuovere detta procedura, la banca sarà legittimata ad intervenire per chiedere l'assegnazione, in forza del privilegio fondiario, del ricavato della vendita forzata.

Per garantire tale concorso è necessario "cristallizzare" il patrimonio sottoposto alla procedura. Obiettivo che in parte viene raggiunto attraverso l'estromissione del debitore dall'amministrazione del suo patrimonio e, dall'altra, impedendo ai singoli creditori di agire esecutivamente sui beni che formano la massa attiva fallimentare. A tale fine, l'art. 51 L.F. stabilisce che *"Salvo diversa disposizione di legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento, nessuna azione esecutiva o cautelare, anche per i crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento"*. La dichiarazione di fallimento segna, in altre parole, la fine della tutela individuale del credito in sostituzione della quale opera quella collettiva.

Ex art 51 L.F. non è concesso a nessun creditore iniziare o proseguire azioni individuali esecutive sui beni compresi nel fallimento, salvo diversa disposizione della legge fatta salva la deroga espressamente concessa al creditore fondiario.

In tal caso, proprio perché la legge, in deroga all'art. 51 L.F. concede all'istituto di credito fondiario tale facoltà, si deve ritenere che la vendita del bene nell'ambito della esecuzione individuale sia alternativa alla vendita nell'ambito della procedura fallimentare, tanto è vero

⁸³ Cass. 6377/2015

⁸⁴ Cass. 6377/2015; Cass. n. 13996/2008; Cass. n. 8609/2007; Cass. n. 11014/2007; Cass. n. 23572/2004

che la banca cui viene assegnato il ricavato della vendita coattiva può trattenere la somma ricevuta solo a due condizioni:

- richiesta di ammissione al passivo;
- intervenuta la graduazione dei crediti, la somma ricavata possa essere destinata a soddisfare totalmente il suo credito, non essendovi creditori poziori⁸⁵.

Il secondo comma dell'art. 41 TUB, nel disciplinare i rapporti tra azione esecutiva per credito fondiario e fallimento, stabilisce che le somme ricavate dall'esecuzione individuale che risultassero, "*in sede di riparto*" (ex artt. 596-598 c.p.c., come preferibile ritenere), eccedenti la quota spettante all'istituto bancario dovranno essere attribuite al fallimento.

Quanto ricevuto dal creditore fondiario in sede di esecuzione individuale ha, dunque, carattere di provvisorietà, dovendo lo stesso sottostare alle risultanze del riparto fallimentare e, semmai, restituire le eventuali eccedenze.

La distribuzione effettuata nell'esecuzione individuale non è definitiva, ma ha solo la funzione mirata ad attuare una prima graduazione con i crediti fatti valere in quella sede, salva la definitiva valutazione in sede concorsuale. In altri termini, mentre l'accertamento del credito della banca/creditore fondiario e la vendita dell'immobile può avvenire al di fuori della procedura fallimentare, l'ammontare che essa ricaverà risulterà definitivamente fissato solo dal riparto effettuato in sede fallimentare.

La giurisprudenza ha chiarito che in materia fallimentare, la tutela della *par condicio* non consente due differenti criteri di ripartizione dell'attivo e presuppone l'unicità del procedimento di acquisizione e distribuzione che coinvolge tutti i creditori ivi incluso il creditore fondiario.

Pertanto il principio della *par condicio creditorum* si attua solo con il procedimento di verifica dei crediti ai cui dati è indissolubilmente connessa la fase del riparto, non certo con procedimenti estranei alla fase fallimentare. Nel caso della concomitante esecuzione individuale questi principi non soffrono eccezioni, poiché in tale sede non possono formarsi situazioni difformi dalle risultanze dello stato passivo, né possono essere attribuite al creditore privilegiato somme diverse da quelle che potrebbero essergli riconosciute nel riparto fallimentare.

Il beneficio in discorso costituisce dunque, per consolidato orientamento giurisprudenziale, un mero privilegio processuale che non incide, in costanza di fallimento dell'esecutato, sulle regole della *par condicio* e sulle regole del concorso, con la conseguenza che anche il creditore fondiario deve insinuarsi al passivo del fallimento allo scopo di

⁸⁵ Cass. n. 13996/2008

conseguire/consolidare, se il credito risulta ammesso ed utilmente collocabile, il risultato dell'esecuzione privilegiata, restituendo invece alla massa fallimentare la somma che eccede quanto ad esso spettante⁸⁶.

Nel caso in cui alla vendita degli immobili ipotecati a garanzia di un finanziamento fondiario avvenga in sede fallimentare, il curatore non è tenuto a consegnare anticipatamente al creditore fondiario il ricavato della vendita.

Si ritiene inoltre esclusa la possibilità del creditore fondiario di intraprendere o proseguire azioni esecutive individuali in costanza di amministrazione straordinaria delle grandi imprese, amministrazione controllata e concordato preventivo.

3.7 L'ESENZIONE: TRADE OFF TRA PAR CONDICIO CREDITORIUM E PROSECUZIONE DELL'ATTIVITA' D'IMPRESA

Terminata l'analisi dei benefici concessi al creditore fondiario in tema di azione revocatoria, è opportuno dare uno sguardo allo storia di tale istituto.

È evidente come il punto di svolta che ha permesso la sua consacrazione come mezzo mirato a salvaguardare il principio della par condicio è riconducibile all'affermarsi, a partire da una serie di pronunce⁸⁷, della cd. teoria "redistributiva"⁸⁸ dell'azione revocatoria in forza della quale, come è noto, il danno della massa è considerato in re ipsa, ovvero presunto in via assoluta e consistetene nella pura e semplice lesione della par condicio creditorum.

A partire da questa disposizione, nel momento in cui un soggetto veniva a conoscenza della presunta situazione di insolvenza in cui verteva l'imprenditore doveva astenersi dal concludere qualsiasi tipologia di rapporto onde evitare di incorrere nella remota ipotesi che gli atti cadessero sotto "i colpi" della revocatoria fallimentare; da qui, l'impresa ormai isolata da ogni genere di rapporto commerciale e finanziario avrebbe incanalato la via del fallimento in armonia con l'impianto legislativo delineato nel 1942⁸⁹.

⁸⁶ Cass. 15.1.1998, n. 314; Cass. 23.11.1990, n. 11324; Cass. 2.3.1988, n. 2196; Trib. Venezia, 3.2.2004; Trib. Santa Maria Capua Vetere 4.5.2007; App. Torino 5.9.2007; Trib. Torino 10.10.2008; Trib. Rimini 15.9.2014

⁸⁷ Cass., n. 9853/1991 e poi seguito da Cass., n. 10570/1992; n. 9908/1996; n. 1390/1999; n. 403/2001; n. 17189/2003

⁸⁸ La tesi della natura indennitaria della revocatoria fallimentare fino a qualche anno fa appariva quale teoria prevalente (Campobasso, *Diritto Commerciale*, vol. III, Torino, 1997, p. 342). Secondo i sostenitori della teoria indennitaria (in dottrina si veda: Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 423 ss.; Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, p. 200 ss.) la revocatoria fallimentare, al pari della revocatoria ordinaria, presuppone un danno per i creditori e persegue una funzione indennitaria degli stessi. Tale impostazione dottrinale ammette che anche il terzo sia legittimato a provare che l'atto del fallito non era idoneo a danneggiare i creditori, potendo quindi evitare la revocatoria fallimentare previa prova dell'inesistenza, nella fattispecie concreta, di alcun danno per la massa creditoria

⁸⁹ Il sistema delineato dal legislatore del 1942 era essenzialmente diretto alla liquidazione dell'impresa insolvente e a garantire una tutela accentuata dei diritti dei creditori, determinando un completo spossessamento

Senonché, considerato che l'insolvenza non può configurarsi come un elemento *“istantaneo e oggettivamente misurabile”*⁹⁰, il terzo poteva, in maniera del tutto (o quasi) ignara, continuare ad avere rapporti sulla base di atti privi di un danno estrinseco che però, una volta dichiarato il fallimento dell'imprenditore, venivano di fatto revocati sulla base dell'asserita violazione della *par condicio creditorum*.

Premesso quanto sopra le conseguenze derivanti da una simile concezione hanno spinto il legislatore introdurre nuove ipotesi di esenzione. Da qui non stupisce come molte di queste siano accumulate dalla condivisa ratio volta a consentire la prosecuzione dell'attività di impresa o, ancora, ad agevolare soluzioni di risanamento, ristrutturazione o miglior ricollocazione dell'impresa (benefici azione revocatoria credito fondiario).

Per il legislatore la *“salvaguardia”* dell'impresa è oggi un valore di cui l'ordinamento non può non tener conto⁹¹.

Nel momento in cui l'imprenditore effettua un pagamento a favore di un fornitore, *“nell'esercizio dell'attività d'impresa e nei termini d'uso”* – pur se nell'arco dei sei mesi antecedenti alla dichiarazione di fallimento e con la consapevolezza dello stesso fornitore circa lo stato di insolvenza – l'ordinamento ritiene che tale atto debba essere sottratto alla disciplina della revocatoria.

Il meccanismo appena descritto sicuramente non garantisce il rispetto del principio della *par condicio*, ciò nonostante l'operazione, con l'obiettivo di favorire la continuazione dell'attività d'impresa, viene considerata del tutto legittima.

Appare infatti evidente come, nel lungo andare, le possibili operazioni favorite a scapito della *par condicio creditorum* tenderanno a moltiplicarsi esponenzialmente.

3.7.1 LA PROGRESSIVA EROSIONE DELLA PAR CONDICIO

Le ipotesi di esenzione destinate a particolari classi di creditori non sono testimoni solitarie di un fenomeno di cambiamento attorno al ruolo della *par condicio*.

L'attenuazione della parità di trattamento tra i creditori sembra aver costituito uno dei principi

del patrimonio del debitore. In una procedura improntata a certi parametri, la finalità recuperatoria del patrimonio imprenditoriale ha finito per trovare collocazione secondaria rispetto allo scopo sanzionatorio del fallimento.

Nella stessa *“Relazione illustrativa alla delega al Governo in materia di riforma organica delle procedure concorsuali”* si ritiene che la procedura fallimentare risulti ormai inadeguata alle finalità che l'evoluzione socio-economica intende realizzare nelle situazioni di insolvenza imprenditoriale: finalità ispirate ad una maggiore sensibilità verso la conservazione delle componenti positive dell'impresa (beni produttivi e livelli occupazionali).

⁹⁰ Sul punto si veda L. STANGHELLINI, La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori, cit., p. 88

⁹¹ Sulla centralità del valore della conservazione dell'impresa, si veda A. PATTI, Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della *par condicio*, in *Fallimento*, 2006, X, p. 1138

cardini dell'intera riforma iniziata ad opera del D. L. n. 35/2005⁹² e proseguita con i successivi interventi, alcuni dei quali di ultimissima battuta⁹³.

La crisi della *par condicio* è riconducibile a fattori esterni (proliferazione dei privilegi che ha allargato notevolmente l'ambito di eccezione alla *par condicio*), sia interni alle procedure concorsuali⁹⁴. In merito a questi ultimi, basti pensare al meccanismo della prededuzione consistente nella facoltà di suddividere i creditori in classi nel concordato preventivo⁹⁵ e nel concordato fallimentare⁹⁶ o, ancora, alla modifica apportata dal D. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che ha eliminato il potere del tribunale fallimentare di dichiarare il fallimento d'ufficio⁹⁷.

È proprio all'interno di questo processo di profonde trasformazioni economiche e sociali che devono essere valutate le esenzioni dalla revocatoria; esenzioni il cui ambito applicativo porta inevitabilmente a mettere in discussione la centralità dell'azione revocatoria quale strumento di attuazione di un principio che appare oggi ridimensionato da altrettanti meritevoli interessi⁹⁸.

Il tutto non è privo di conseguenze sul piano pratico. Occorre innanzitutto pensare alla natura dell'azione revocatoria o alle ripercussioni sul piano probatorio, non deve poi essere trascurata la posizione del creditore sprovvisto di privilegi o dei requisiti necessari per beneficiare delle esenzioni, il quale rischierebbe di veder sacrificate le proprie pretese dinanzi ad un sistema esposto a rischi di strumentalizzazione, facendo così in modo di evitare che dietro al meccanismo di esenzioni si configurano operazioni di natura fraudolenta, mirate ad avvantaggiare quei creditori c.d. "forti"⁹⁹.

⁹² Cfr. E. SABATELLI, La revocatoria degli atti "anormali" nella riforma del diritto fallimentare, cit., p. 989

⁹³ L'art. 182-quinquies, co. 4, introdotto dalla legge 7 agosto 2012 n. 134, consente al debitore che presenta una domanda di concordato preventivo con continuità aziendale, di ottenere l'autorizzazione a pagare debiti pregressi per ottenere la prestazioni di beni o servizi.

⁹⁴ Sul punto si veda P. G. JAEGER, "Par condicio creditorum", in Giur. comm., 1984, I, p. 88.

⁹⁵ Art. 160, lett. c), d) L.F., come modificato dall'art. 2 D.L. n.35/2005

⁹⁶ Art. 124, co. 2, lett. a), b) L.F., come modificato dall'art. 114 D.lgs. n.5/2006

⁹⁷ L'art. 4 del d.lgs. n. 5/2006 ha modificato l'art. 6 L.F. che attualmente prevede che il fallimento possa essere dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero. Sulla modifica si è espresso G. TERRANOVA, Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari, cit., p. 12, secondo il quale l'eliminazione della dichiarazione d'ufficio provoca la conseguenza "di impedire l'avvio della procedura ogni qual volta il creditore istante sia stato soddisfatto o abbia semplicemente rinunciato al ricorso (sempre che, nel frattempo, non sia intervenuto in giudizio il pubblico ministero)". Così facendo il fallimento, insieme a tutti i suoi strumenti funzionali ad attuare la *par condicio*, sembra essere divenuto uno strumento sussidiario a cui si ricorre quando i soggetti interessati non riescono a trovare una soluzione alternativa. Si deve precisare che l'art. 7, n. 2 L.F., così come novellato dallo stesso d.lgs. del 2006, bilancia la soppressione dell'iniziativa d'ufficio riconoscendo al pubblico ministero la possibilità di presentare la richiesta di fallimento qualora l'insolvenza sia stata a lui segnalata da un giudice che l'abbia rilevata all'interno di un processo civile.

⁹⁸ La questione del rapporto fra revocatoria e *par condicio* a seguito dell'ampliamento delle fattispecie di esenzioni si è posta all'attenzione di più autori. Sul punto, si veda M. FABIANI, L'inattualità dell'azione revocatoria fallimentare e i nuovi strumenti rimediali, cit., p. 395; A. PATTI, Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della *par condicio*, cit., p. 1136

⁹⁹ Si veda M. FABIANI, L'inattualità dell'azione revocatoria fallimentare e i nuovi strumenti rimediali, cit., p. 399 il quale osserva come il sistema delineatosi post riforma risulti poco attento alla tutela dei diritti di quei creditori che non hanno beneficiato delle "elargizioni erogate dall'imprenditore insolvente"

Oggetto di analisi deve poi essere la pronunzia della Corte di cassazione in relazione alla natura dell'azione revocatoria fallimentare¹⁰⁰, la quale, a beneficio della par condicio, ha spostato l'ago della bilancia a favore della natura redistributiva a discapito della concezione antindennitaria.

3.8 FRUTTI CONCERNENTI BENI OGGETTO DI GARANZIA

Sulla base di quanto disposto dall'art 111bis L.F., i creditori prededucibili sono destinati a trovare soddisfazione per capitale, spese ed interessi, tenuto conto delle rispettive cause di prelazione, con il patrimonio ricavato dalla vendita dei beni mobili ed immobili di compendio dell'imprenditore fallito.

Da tale previsione è quindi constatabile come sia necessario indirizzare il ricavato derivante dall'alienazione dei beni oggetto di garanzia, in primis, a favore del creditore ipotecario riservando l'eventuale residuo a favore dei creditori prededucibili.

Tale deroga rischia quindi di vanificare le pretese di tutti quei soggetti, che hanno promosso una prestazione a favore della procedura, qualora l'unico bene di proprietà del fallimento in grado di generare attivo sia oggetto di garanzia di un credito fondiario.

Premesso quanto sopra, ai creditori prededucibili viene concessa la possibilità di vedere soddisfatto il proprio credito attraverso i frutti civili generati dai beni immobili oggetto di ipoteca.

La ripartizione di tali frutti deve avere luogo, ai sensi di quanto disposto dall'art. 111, c.1 L.F.; il quale stabilisce che il titolare del credito in prededuzione sia collocato all'apice dei soggetti da soddisfare con *“le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo”*, e non già in applicazione della regola speciale di cui all'ultima parte del c.2 dell'art. 111bis L.F., nel cui ambito la preferenza accordata ai creditori muniti di ipoteca (ovvero di pegno) rispetto ai creditori prededucibili concerne invero *“quanto ricavato dalla liquidazione dei beni”* costituenti oggetto della garanzia reale, senza che tale preferenza, per le ragioni che verranno di seguito esposte, possa essere estesa anche ai frutti scaturenti dai beni in questione.

Un'indicazione nel senso che la preferenza assicurata dall'art. 111bis, c.2 L.F. ai creditori garantiti non si estende anche ai frutti scaturenti dai beni formanti oggetto di ipoteca (ovvero di pegno), scaturisce dai concetti di liquidazione dell'attivo, di liquidazione dei beni (e loro ricavato), nonché di massa liquida attiva (immobiliare e mobiliare) - così come emergono dalle disposizioni della legge fallimentare attualmente vigenti - e sui quali occorre

¹⁰⁰ Cass., S.U. 28 marzo 2006, n. 7028, in Foro it., 2006, I, p. 1718 dove si afferma che la revocatoria fallimentare non è correlata alla nozione di danno che emerge dagli istituti ordinari dell'ordinamento, ma alla specialità del sistema fallimentare ispirato all'attuazione del principio della par condicio creditorum

soffermarsi.

Nell'antecedente disciplina configurata dalla precedente legge fallimentare del 1942, si era posta la questione se, con "*liquidazione dell'attivo*", dovesse essere intesa la sola conversione in denaro dei beni del fallito, trasformazione che doveva avvenire unicamente attraverso le vendite fallimentari, cui gli originari artt. 104-109 L.F. riferivano in via esclusiva (liquidazione in senso stretto), o se tale concetto andasse compreso in senso ampio riconducendo, più in generale, tutte le operazioni - di carattere giurisdizionale, amministrativo e negoziale - comunque atte a produrre la monetizzazione del patrimonio del fallito in vista del soddisfacimento dei creditori (liquidazione in senso lato), e dunque, tra le altre, anche la riscossione dei crediti, degli interessi sui capitali, dei frutti naturali e civili.

Il problema interpretativo era già sorto in relazione al valore originario dell'art. 104 L.F., che ricollegava a stringenti limitazioni l'inizio della liquidazione, alla quale, in linea di principio, il curatore avrebbe potuto procedere, sotto la direzione del giudice delegato (e sentito il comitato dei creditori ove nominato), solo dopo l'emanazione del decreto di esecutività dello stato passivo, provvedendo alla vendita dei beni mobili e immobili secondo le disposizioni del codice di procedura civile relative al processo di esecuzione, in quanto compatibili con quanto stabilito dagli artt. 106, 107, 108 e 109 L.F. (così l'originario art. 105 L.F.). Tuttavia, al riguardo, si era constatato come tali limitazioni normative, pur accogliendo il concetto più ampio di liquidazione, non sarebbero potute venire in considerazione in relazione alle altre attività di monetizzazione sopra menzionate.

Con l'avvento della riforma del diritto fallimentare il più ampio concetto di liquidazione sopra delineato ha assunto una più precisa valenza legale alla luce delle importanti e innovative previsioni contenute nell'art. 104 ter L.F.. Lo stesso richiede al curatore di provvedere - entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario, e in ogni caso non oltre centottanta giorni dalla sentenza dichiarativa di fallimento - alla predisposizione di un programma di liquidazione, costituente un atto di pianificazione e di indirizzo mirato a determinare le modalità e i termini previsti per la realizzazione dell'attivo. All'interno dello stesso, il curatore deve esprimersi in merito all'assunzione di una serie di iniziative - quali l'eventuale opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa o di autorizzare l'affitto dell'azienda e l'esercizio di azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie - che certamente vanno oltre i confini della liquidazione in senso stretto, cui è riconducibile la vendita dei beni.

Nel contesto sopra delineato è evidente come il concetto di liquidazione dell'attivo venga utilizzato sia per stabilire che i crediti prededucibili devono trovare soddisfazione in via prioritaria ex art. 111 c.1 L.F., - in relazione ai beni oggetto di pegno ed ipoteca - per riconoscere ai creditori ipotecari garantiti il diritto ad essere preferiti ai creditori in

prededuzione sul relativo ricavato - art. 111bis c.2 ultima parte L.F. - derivante dalla conversione del bene offerto in garanzia (tenendo conto del suo relativo valore) in una somma di denaro. Da qui possiamo quindi affermare che, in merito a tale circostanza, tenendo inoltre conto di quanto esplicitato dall'art 104 L.F. la liquidazione dei beni costituenti oggetto di pegno o di ipoteca non può identificarsi come una liquidazione dell'attivo, liquidazione che, come si è già avuto modo di dire, corrisponde ad un insieme di attività complesse, riferibili a tutte le operazioni che permettono di generare entrate.

Procedendo con l'analisi occorre ora prendere in considerazione quanto disposto all'art 111ter c.1 L.F., il quale, nell'ambito della massa liquida attiva immobiliare, effettua una esplicita distinzione tra *“somme ricavate dalla liquidazione dei beni immobili”* e *“i loro frutti e pertinenze”*.

Dal tenore letterale della disposizione appena richiamata si evidenzia come il concetto di liquidazione dei beni, assume un significato ben specifico e tecnico mirato a convertire un bene nel suo equivalente monetario attraverso l'incameramento di una somma di denaro.

Per concludere, l'art. 111bis c.2 L.F. esplicita chiaramente la preferenza dei creditori ipotecari rispetto ai prededucibili, in relazione al ricavato derivante dalla *“liquidazione dei beni”* oggetto di garanzia, lasciando intendere chiaramente come tale prevalenza non si riferisca alle *“altre entrate”*, tra le quali appunto, sono da iscriverne i frutti, i quali, unitamente ad altre entrate, andranno a la massa liquida attiva.

Quanto appena descritto non sembra inoltre entrare in contrasto con quanto previsto dall'art. 2912 c.c., secondo cui il pignoramento che si estende ai frutti, non lede nemmeno le previsioni di cui all'art. 41 c.3 T.U.B. che, relativamente alla fattispecie del finanziamento fondiario, stabilisce che il custode dei beni pignorati, l'amministratore giudiziario e il curatore del fallimento del debitore versino alla banca le rendite di immobili ipotecati a suo favore, dedotte le spese di amministrazione e i tributi, sino al soddisfacimento del credito vantato. Si tratta di norme che certamente trovano applicazione nel contesto della procedura fallimentare, posto che è indubitabile l'estensione della garanzia reale ai frutti¹⁰¹ e stante il richiamo, per quel che concerne il credito fondiario, a un obbligo in tal senso gravante sul curatore in virtù

¹⁰¹ Per la Corte *“la prelazione del creditore ipotecario, ritualmente ammesso al passivo fallimentare, deve intendersi estesa ai frutti civili prodotti dall'immobile ipotecato dopo la dichiarazione di fallimento, tenuto conto della mancanza, nella disciplina dell'esecuzione concorsuale, di una previsione contraria od incompatibile con tale estensione, operante nell'ambito dell'esecuzione individuale”*: così, da ultimo, Cass. 09.05.2013, n. 11025; si v. inoltre Cass. 10.08.1992, n. 9429, cit.; Cass. 15.05.1978, n. 2355; Cass. 29.01.1982, con specifico riferimento agli interessi maturati sulla somma ricavata dalla vendita del bene ipotecato; in senso contrario, con riferimento ai crediti assistiti da ipoteca automobilistica, Cass. 09.11.1970, n. 2300, motivando sulla base del disposto dell'art. 54 L.F., che, nel suo testo attuale ma anche in quello originario (vigente *ratione temporis*), nello stabilire che i creditori privilegiati fanno valere il loro diritto di prelazione sul *“prezzo”* dei beni vincolati, non menziona i frutti.

di quanto stabilito dal già citato art. 41, comma 3, T.U.B.¹⁰².

Secondo parte della dottrina¹⁰³, tali norme sono state pensate per essere applicate nelle situazioni in cui non si configura un conflitto tra creditore fondiario e creditore in prededuzione, pertanto, qualora si configuri una contesa tra le due categorie, va invocato l'art. 111bis c.2 L.F..

Concludendo, le disposizione richiamate dalla legge fallimentare parrebbe quella deputata a risolvere il conflitto, attraverso la realizzazione di un contemperamento tra le posizioni facenti capo alle differenti categorie di creditori.

Anche nel fallimento, dunque, la prelazione ipotecaria si estende ai frutti, ad eccezione della regola generale di cui all'art. 111 c.1 L.F.: ove dapprima va data soddisfazione ai creditori prededucibili e solo successivamente agli ipotecari/pignoratizi.

Vige invece un comportamento completamente inverso in relazione alla distribuzione del ricavato derivante dai beni oggetto di ipoteca, per effetto della deroga di cui all'art 111bis c.2 L.F.: dapprima ai creditori titolari di garanzia reale e solo successivamente i creditori in prededuzione.

Non può al riguardo trascurarsi che in sede fallimentare il pignoramento scaturente dall'avvio dell'azione esecutiva individuale è sostituito dalla procedura esecutiva concorsuale (la quale, è noto, dà luogo a una sorta di pignoramento collettivo), la quale richiama regole di esecuzione diverse da quelle applicabili nel diritto comune, composte da un insieme di modalità che derogano i meccanismi e gli strumenti concessi al singolo creditore al fine di contemperare interessi plurimi.

A supporto di quanto appena descritto, il chiaro tenore letterale emergente dall'art. 111bis c.2 L.F., mirato a limitare la prevalenza dei creditori muniti di garanzia reale solamente in relazione al ricavato della liquidazione dei beni su cui insiste la garanzia, non pare superabile neppure ricorrendo all'ausilio dell'attività ermeneutica.

L'ipotesi di applicare un'interpretazione estensiva, indirizzata a valorizzare significati più ampi rispetto a quelli desumibili dallo stretto tenore letterale, difficilmente potrà far prevalere la tesi secondo cui i creditori fondiari non trovano preferenza nelle somme derivanti dai frutti civili generati dai beni oggetto di garanzia.

Come già ripetuto, la stessa normativa esaminata distingue nettamente, “*liquidazione dei beni*” e “*frutti da essi prodotti*” e, quindi, escludendo così che il concetto di bene, così come assunto in tale normativa, sia idoneo ad includervi i frutti.

¹⁰² Cass. 12.12.2011, n. 26520.

¹⁰³ Il Fallimento, n.1/2017

In tal senso depone ulteriormente, il citato di cui dell'art. 111ter, c1 L.F., che, nel far riferimento alle somme ricavate dalla liquidazione dei beni immobili, chiarisce che detti beni sono quelli definiti dall'art. 812 c.c.

Ad una soluzione diversa rispetto a quella indicata non sarebbe possibile nemmeno facendo ricorso all'interpretazione analogica: e ciò non solo e non tanto perché l'art. 111bis, c.2 L.F. si configura come eccezione a una regola comunemente concepita come generale e di ampia portata, ma anche in virtù dell'assenza di un vuoto da colmare, presupposto ineludibile per dischiudere la via di siffatto percorso ermeneutico.

In conclusione, anche dalle specifiche questioni analizzate si ricava il convincimento che, nell'ambito del diritto delle procedure concorsuali, il giurista non possa esimersi dall'adottare un approccio sistematico, attraverso la verifica della compatibilità, eventualmente anche in una prospettiva di riadattamento, di regole e concetti elaborati in plurimi contesti e, segnatamente, nel diritto civile, diritto processuale civile e diritto commerciale.

La prelazione del creditore ipotecario, ritualmente ammesso al passivo fallimentare, deve intendersi estesa ai frutti civili prodotti dall'immobile ipotecato dopo la dichiarazione di fallimento, tenuto conto della mancanza, nella disciplina dell'esecuzione concorsuale, di una previsione contraria ed incompatibile con tale estensione, operante nell'ambito dell'esecuzione individuale.

La stessa estensione della prelazione ai frutti civili anche in sede fallimentare trova, conferma nell'art 107 c.4 L.F., secondo cui, nel testo anteriore alla riforma, *“il curatore deve tenere un conto speciale delle vendite dei singoli immobili e dei frutti percepiti sui medesimi dalla data della dichiarazione di fallimento. La somma ricavata dalla vendita dei frutti è distribuita col prezzo degli immobili relativi”*; infatti, la previsione di un conto speciale nel quale confluiscono anche i frutti si spiega soltanto con l'estensione ad essi della prelazione ipotecaria eventualmente gravante sull'immobile.

E' chiaro pertanto che i frutti civili devono essere attribuiti al creditore ipotecario.

Secondo quanto affermato dalla Corte di Cassazione¹⁰⁴, il creditore ipotecario ammesso al passivo fallimentare ha diritto anche ai frutti civili prodotti dall'immobile. Per la Corte, infatti, *“si deve ritenere che, in mancanza di disposizioni contrarie ovvero in mancanza di una disciplina incompatibile, nulla osta a che le norme in tema di esecuzione singolare possano trovare applicazione nella procedura fallimentare”*. Pertanto, oltre alle norme già

¹⁰⁴ Cass. 09.05.2013 n.11025

precedentemente richiamate (art 105 L.F.), *“trovano applicazione nell'esecuzione fallimentare quelle norme dell'esecuzione individuale che non siano incompatibili, con i caratteri propri della prima e che non concernano materie che hanno nella legge fallimentare e nel suo sistema una disciplina particolare, sia pure implicita”*¹⁰⁵.

La differenza ontologica tra la procedura esecutiva individuale e quella concorsuale può essere individuata nel semplice fatto che la prima è rivolta alla soddisfazione dell'interesse del creditore, mirando ad ottenere la soddisfazione dei propri interessi nel quadro e con le garanzie dell'ordinamento giuridico, attraverso le modalità previste dal giudice ed in presenza di un valido titolo esecutivo, mentre la seconda mira ad un soddisfacimento collettivo dei creditori del fallito.

La procedura fallimentare, considerata come una esecuzione collettiva dei creditori nei confronti dell'imprenditore commerciale, prevede sempre il rispetto del principio della par condicio creditorum in ordine al soddisfacimento dei rispettivi crediti azionati nella procedura fallimentare, principio che può essere disatteso solo in virtù delle cause legittime di prelazione (privilegio, pegno, ipoteca ex art. 2741 c.c.).

Nell'ambito della procedura concorsuale vi è la presenza di una pluralità di creditori, circostanza meramente eventuale nella procedura esecutiva individuale, ove, il creditore è solo uno e l'applicazione del principio della par condicio creditorum è situazione meramente eventuale.

Per la Corte, la prelazione deve intendersi estesa ai frutti civili prodotti dall'immobile ipotecato dopo la dichiarazione di fallimento, non ponendosi tale assunto in contrasto con la disciplina legislativa e con il generale principio della par condicio creditorum immanente alla procedura concorsuale.

Se vi è la presenza di uno o più creditori muniti di una causa legittima di prelazione, tale vantaggio andrà sempre ad incidere avverso tutti quei creditori che ne sono sprovvisti (creditori chirografi, in quanto il titolo su cui si fonda il loro diritto è costituito soltanto da un documento c.d. chirografo, non assistito da alcuna garanzia se non dalla garanzia patrimoniale generica ex art. 2740 c.c.).

Disparità di trattamento che, secondo la Corte deriva dalla mancata previsione da parte del Legislatore di una disciplina ad hoc nell'ambito della specifico settore della esecuzione concorsuale, di una previsione contraria o incompatibile con siffatta estensione del diritto di prelazione del creditore ipotecario anche ai frutti civili, come è di contro pacificamente previsto dalla disciplina relativa alla esecuzione individuale.

¹⁰⁵ Cass. 15.05.1978, n. 2355

Atteso quanto sopra, per concludere, si noti come la Corte di Cassazione conferma il suesposto principio di diritto, in ragione dei seguenti motivi:

- *“Il riferimento normativo posto in essere dalla Legge Fallimentare, art. 54, al solo “prezzo” non può essere assunto a indice negativo determinante ai fini dell’esclusione dell’estensione del diritto di prelazione del creditore ipotecario ai frutti civili del bene ipotecato poiché identico riferimento è operato dall’art. 2808 c.c.. Più precisamente nell’ambito della disciplina prevista da tale norma “nessuno dubita la legittimità della estensione della prelazione ai frutti civili, sia perché gli effetti del pignoramento si estendono ai frutti della cosa pignorata (art. 2912 c.c.), sia perché l’opponibilità al creditore ipotecario delle cessioni e liberazioni di fitti e pigioni è soggetta a limiti spiegabili solo con l’estensione in parola (art. 2812 c.c.), sia perché, infine, è espressamente prevista l’estensione ai frutti nel caso in cui l’immobile ipotecato sia acquistato da un terzo (art. 2865 c.c.). D’altro canto, per principio elementare di tecnica legislativa, non possono non avere il medesimo significato disposizioni, come l’art. 2808 c.c., e la L. Fall., art. 54, che adoperano le stesse espressioni letterali nel disciplinare sia pure in sedi diverse la stessa materia.”,*
- *l’operatività della estensione del diritto di prelazione ai frutti civili anche in sede di procedura fallimentare trova conferma anche nella disciplina ex art. 107, comma 4, Legge Fallimentare, secondo cui “nel testo anteriore alla riforma, “il curatore deve tenere un conto speciale delle vendite dei singoli immobili e dei frutti percepiti sui medesimi dalla data della dichiarazione di fallimento. La somma ricavata dalla vendita dei frutti è distribuita col prezzo degli immobili relativi,” infatti, la previsione di un conto speciale nel quale confluiscono anche i frutti si spiega soltanto con l’estensione ad essi della prelazione ipotecaria eventualmente gravante sull’immobile. Nè conclusioni contrarie sono autorizzate dal fatto che ciò sia detto più esplicitamente per le somme ricavate dalla vendita dei frutti; tale esplicita previsione, infatti, si spiega in quanto i frutti naturali sono gli unici che sono suscettibili di una vendita separata, ma non esclude affatto che anche i frutti civili confluiscono nel conto speciale e siano distribuiti insieme al prezzo ricavato dalla vendita degli immobili, nell’ambito di una graduazione dei crediti secondo il rango che a ciascuno compete. Neppure si può ricavare un argomento contrario, come ritiene invece il Tribunale, dal fatto che l’art. 54 operi un richiamo agli artt. 2788 e 2885 c.c., argomentando che tale richiamo sarebbe superfluo se davvero trovassero applicazione in sede concorsuale tutte le disposizioni in tema di esecuzione singolare. In realtà, come esattamente rilevato dalla ricorrente, il richiamo è reso necessario dalla disciplina del fallimento*

che prevede in via generale la sospensione del corso degli interessi e che, se mancasse il richiamo nella L. Fall., art. 54, troverebbe applicazione anche per i crediti garantiti da ipoteca, pegno o privilegio.”

Sulla base delle appena citate considerazione di diritto, la Cassazione esclude che le norme dettate, in relazione “*all’esecuzione singolare in tema di estensione del diritto di prelazione del creditore ipotecario regolarmente ammesso al passivo fallimentare ai frutti civili prodotti dal bene ipotecato*”, possano trovare applicazione solamente in presenza di un richiamo espresso da parte dalla legge fallimentare.

3.9 SPESE GENERALI

Sulla base di quanto disposto dall’art 111ter L.F., il curatore deve redigere un particolare conto nel quale deve essere registrato tutto ciò che concerne la vendita di beni immobili o mobili, oggetto di un credito garantito da pegno, ipoteca o privilegio. Ogni credito gravato da garanzia reale deve infatti sopportare le specifiche spese sostenute per l’acquisizione e la vendita del bene posto a suo oggetto.

Secondo la giurisprudenza, in sede di piano di riparto, al creditore ipotecario spetta l’onore di sopportare tutte le spese relative all’amministrazione e liquidazione del bene oggetto di garanzia speciale in quanto fatte nel suo interesse (spese specifiche), unitamente ad un’aliquota delle spese generali della procedura da calcolarsi in relazione alle circostanze concrete, in misura corrispondente all’utilità - anche solo potenziale, cioè sperata, ma non concretamente realizzata - del creditore garantito.

Tra le spese generali rientrano quelle del compenso al curatore una quota delle quali va quindi imputata al creditore ipotecario sulla base del criterio dell’utilità delle stesse per il creditore garantito¹⁰⁶.

Secondo alcune pronunce della Corte¹⁰⁷ infatti: “*Il creditore ipotecario deve sopportare, in parte, anche lui l’onere di quelle particolari spese che occorrono per corrispondere il compenso spettante al curatore, posto il fatto che quest’ultimo procede ad attività di amministrazione e liquidazione specificamente riferibili ai beni ipotecati e finalizzate a consentire il soddisfacimento delle ragioni del medesimo creditore ipotecario (per non parlare della preventiva verifica ed ammissione, al passivo, del credito ipotecario, che egualmente richiede un’attività da parte del curatore ed è del pari indispensabile affinché il*

¹⁰⁶ Cass. 12.05.2010, n. 11500

¹⁰⁷ Cass. 09.06.1997 n.5104

creditore possa partecipare al concorso e far valere il proprio diritto di prelazione sul ricavato dei beni soggetti ad ipoteca). Quanto poi alla misura in cui il compenso del curatore debba essere imputato, nel piano di riparto, al ricavato delle vendite dei beni sottoposti a garanzia reale, non rinvenendosi nella legge l'indicazione di un criterio predeterminato, e ferma la necessità che la valutazione venga compiuta in concreto alla luce delle circostanze riscontrabili nella singola procedura, e comunque ponendo comparativamente a raffronto l'attività svolta dal curatore nell'interesse generale della massa e quella specificamente riferibile all'interesse dei creditori garantiti, non sussiste alcun ostacolo logico-giuridico all'adozione di un criterio che rispecchi il rapporto proporzionale fra il valore (da intendersi nel senso di ricavato della vendita) dei beni immobili ipotecati, rispetto a quello della restante parte dei beni liquidati nell'ambito del fallimento”.

CONCLUSIONI

Sulla base di quanto appena descritto è opportuno evidenziare la volontà del legislatore mirata a creare un sorta di equilibrio tra la tutela dell'istituto bancario e la possibilità di recupero del credito in caso di insolvenza del debitore, il tutto naturalmente tenendo bene a mente la ratio della procedura fallimentare, ovvero il rispetto della par condicio creditorum.

Sulla base di quanto descritto in questo ultimo capitolo occorre far notare come l'unificazione dell'istituto del credito di scopo e del credito edilizio e la contestuale creazione del credito fondiario delineato dall'art 38 TUB, abbia dato origine a casi di comportamenti opportunistici delle banche in cui, in presenza di un debitore in difficoltà finanziarie, le stesse decidevano di mettere in atto un'operazione di credito fondiario al mero fine di farsi rilasciare – vista l'imminente dichiarazione di fallimento - una garanzia ipotecaria sicura e non aggredibile in sede di revocatoria trasformando indebitamente un credito di natura chirografa in un credito garantito da privilegio ipotecario, il tutto a danno degli altri creditori.

Considerato poi che l'ipoteca, in forza della disposizione speciale oggetto di analisi, si consolida nel termine di 10 giorni, decorso tale breve periodo, l'istituto di credito potrà godere di una garanzia che gli consentirà di trovare soddisfazione in via preferenziale.

Sul tema diverse sono state le ipotesi ma in ogni caso la Cassazione più volte si è espressa a favore della tesi secondo cui tali comportamenti non si configurano come opportunistici quanto piuttosto mirati *“non già a creare una nuova effettiva disponibilità bensì a fornire la provvista al mutuatario per ripianare un precedente debito nei confronti della banca su conto corrente - integra la fattispecie complessa del negozio-procedimento indirettamente solutorio¹⁰⁸”*.

Altra prerogativa delineata dall'art 38 TUB è sicuramente il rispetto del limite di finanziabilità, attualmente fissato nella misura dell'80% del valore dell'immobile oggetto di ipoteca con possibilità di innalzamento fino al 100%, se concesse ulteriori garanzie.

La fattispecie appena descritta è sicuramente ampia e lacunosa tant'è che non sono mancate le controversie in presenza del superamento del limite di finanziabilità. In questa sede merita di essere menzionato il Tribunale di Venezia, il quale, decise di rigettare il ricorso presentato

¹⁰⁸ Cass. 7030/2016

dall'istituto creditizio avverso il rigetto dell'ammissione al passivo di un credito fondiario che non aveva rispettato il limite di finanziabilità.

Per la dottrina, la scelta del Tribunale consistente nell'annullamento dell'intero contratto di mutuo era stata troppo rigorosa e la stessa Cassazione¹⁰⁹, in contro tendenza alla Corte Veneta adottò *“una soluzione diversa da quella qui propugnata, facendo applicazione della distinzione tra «regole di comportamento» (o “di responsabilità”) e «regole di validità» (che i giudici considerano criterio fondamentale per decidere se – in presenza della violazione di una norma “imperativa” – sussista o meno una nullità virtuale, ai sensi del co. 1 dell’art. 1418 c.c.), e ritenendo a questa stregua che la disposizione dell’art. 38 TUB, contenga una norma (imperativa) “di comportamento”, e non una regola di validità”*.

Come già precedentemente annunciato il credito fondiario gode di un particolare trattamento privilegiato in ambito procedurale, soprattutto in ambito di revocatoria fallimentare, tant'è che numerosi sono stati i casi nei quali la Corte Costituzionale è stata chiamata ad esprimersi sulla legittimità della normativa del credito fondiario.

La stessa Corte ha sempre affermato il principio secondo cui, il regime privilegiato previsto dal legislatore era mirato a proteggere la natura pubblicistica della funzione svolta dall'istituto di credito fondiario, ovvero tutelare al massimo il sistema bancario e prevenire ogni sorta di rischio sistematico.

Nel 2004 inoltre a conferma di quanto appena descritto, la Consulta dichiarò inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art 38 TUB e art 67 L.F. in relazione all'art 3 della Costituzione, secondo cui, l'applicazione dei due articoli sopra citati creava un'ingiustificata disparità di trattamento tra credito fondiario e altri creditori. Per la Corte la questione di illegittimità era inammissibile in quanto, secondo la stessa, il giudice rimettente operò una *“apodittica negazione di qualsiasi ratio giustificatrice della tutela privilegiata”* del credito fondiario, omettendo *“del tutto di chiedersi se l'evidente intento di favorire la “mobilizzazione” della proprietà immobiliare – e, in tal modo, l'accesso a finanziamenti potenzialmente idonei (anche) a consentire il superamento di condizioni di crisi dell'imprenditore – costituisca una scelta di politica economica del legislatore, come tale sindacabile da questa Corte solo se ed in quanto manifestamente irrazionale”*.

Per la Corte una pronuncia differente sarebbe stata impossibile, in quanto si sarebbe risolto *“nella costruzione del solo mutuo fondiario come mutuo di scopo, nella previsione di meccanismi di controllo dell'effettivo impiego delle somme mutate e, infine, nella sanzione*

¹⁰⁹ Cass., 28.11.2013, n. 26672

dell'inopponibilità dell'ipoteca che, in caso di inadempimento da parte del mutuatario, dovrebbe paradossalmente andare a carico del mutuante; pronuncia questa inibita dalla impossibilità per la Corte di sostituire all'istituto voluto dal legislatore quello che il giudice rimettente ritiene preferibile sulla base di una sua opzione opposta a quella legislativa”.

Venne quindi confermata la legittimità della disciplina del credito fondiario, ritenendo che la stessa trovasse giustificazione nella necessità di favorire lo smobilizzo della proprietà immobiliare, permettendo così all'imprenditore in crisi di ricorrere a tale istituto per ottenere finanziamenti che gli consentissero di superare la crisi d'impresa.

Sulla base di quanto detto, si può facilmente intuire come il sistema di garanzie e la stessa disciplina speciale che accompagna il creditore fondiario abbia come unico obiettivo quello di evitare la paralisi del mercato finanziario.

Attraverso tale sistema le banche sono tutelate dal rischio di inadempimento ed il mutuatario, non dovendo più sottostare al vincolo di destinazione del finanziamento, è libero di utilizzare le somme percepite per le più svariate ragioni che potrebbero essere il semplice acquisto immobiliare o liquidità necessaria per il continuo dell'esercizio dell'attività d'impresa.

Le disposizioni aventi ad oggetto credito fondiario e fallimento sono generalmente poste a vantaggio della banca, attuando una deregolamentazione del regime ordinario.

Occorre quindi domandarsi fino a che punto la differenza di trattamento sia giustificata dalla necessità di tutelare altri interessi.

Da un lato vi è sicuramente l'esigenza di facilitare il mercato immobiliare. Per la banca è conveniente erogare un finanziamento solo se ha la certezza che in caso di insolvenza del debitore, troverà ugualmente soddisfazione, ed in ragione di ciò il legislatore attua una disciplina ad hoc mirata a facilitare gli stessi trasferimenti di proprietà.

Dall'altro, l'esistenza di agevolazione per il credito fondiario potrebbe produrre effetti virtuosi a favore dell'economia, benefici che vanno ricercati nella facilità con la quale l'imprenditore riesce a reperire finanziamenti che, se privi di garanzie a tutela della banca, non verrebbero erogati.

Premesso quanto sopra è difficile constatare se queste motivazioni di tipo economico, giustificano realmente una disparità di trattamento tra creditori. Occorre in ogni caso prendere atto di quanto affermato in più ripetute dalla Corte Costituzionale domandandosi però fino a che punto il favorire lo smobilizzo dei beni immobiliari, nonché il facilitare le possibilità di ottenere finanziamenti, possa inficiare sul principio della par condicio creditorum.

BIBLIOGRAFIA

CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008, 609 ss.

MIELE, *sub Art. 110*, in *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni integrative e correttive*, a cura di M. Ferro, Padova, 2008, 222.

BONFATTI, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, 119 ss.

GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare. La nuova disciplina nelle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2007, 185.

LUPIA, *op. cit.*, 1042.

V. ZANICHELLI, *op. cit.*, 316.

AMBROSINI, in AMBROSINI, CAVALLI e JORIO, *Il fallimento*, in *Tratt. Cottino*, Padova, 2009, 656.

D'AQUINO, *op. cit.*, 311.

BONFATTI, *op. ult. cit.*, 54.

A. RUGGERO, *Commento sub Art. 110*, cit., 1828.

CATALDO, *Il controllo sugli atti del curatore ed il regime della responsabilità*, in *Fallimento*, 2007, 1017.

SANZO e A. BIANCHI, *Manuale delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, 607.

C. MIELE, *sub art. 110*, in *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni integrative e correttive*, cit., 224.

C. PROTO, *Il curatore e il comitato dei creditori*, in *Il diritto fallimentare riformato*, cit., 4639.

G. BOZZA, *Commento breve alla riforma fallimentare*, Lodi, 2006.

PAGNI, *Il controllo sugli atti degli organi della procedura fallimentare (e le nuove regole della tutela giurisdizionale)*, in *Fallimento*, 2007, 248; AMBROSINI, *op. cit.*, 658.

L. ABETE, *Commento sub art. 36*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 613.

SILVESTRINI, *La ripartizione dell'attivo dopo la riforma della legge fallimentare*, *Fall. 2006*.

G. BOZZA, *La ripartizione dell'attivo fallimentare*, in *Comm. Jorio-Fabiani cit.*, 10,619.

S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, p. 82.

V. SANGIOVANNI, *La particolarità fallimentare del credito fondiario*, in *Fallimento*, 2011, X, p. 1146.

S. BONFATTI, *Sub art. 67, co. 4, cit.*, p. 1010.

S. BONFATTI, *op. cit.*, p. 1020.

G. DELL'ATTI, *Par condicio creditorum e tutela del risparmio e del credito: le esenzioni di cui all'art. 67, comma 4, l. fallim. nel sistema della revocatoria fallimentare*, cit. p. 498.

S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 83.

G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, cit., p. 837.

M. E. GALLESIO PIUMA, Esenzioni legislative dalla revocatoria fallimentare e marginalità dell'azione nei confronti di un soggetto "forte", in *Giur. comm.*, 1994, VI, p. 1063.

B. MEOLI, Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 213.

BOZZA G., Evoluzione ed attualità del credito fondiario. Gli usi anomali, in "Mutui ipotecari (I) – Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali", Collana "Comitato regionale notarile lombardo – Studi del Convegno di Bergamo, 13-11-1998", Giuffrè, Milano, 1999, pp. 44, 61.

ZIMATORE A., op. cit., pp. 136-137.

BOZZA G., op. ult. cit., p. 44. FILOGRANO G.R., op. cit., p. 98.

BOZZA G., op. ult. cit., pp. 44-46, 62. Corte di Cassazione, sent. 24 ottobre 1967, n. 2621, in "Banca, Borsa e Titoli di credito", 1968, II, p. 55.

PETRAGLIA A.U. / PATRIA L., op. cit., p. 131.

BOZZA G., op. ult. cit., pp. 46-51, 62-73.

TARDIVO C.M., op. ult. cit., p. 65. BOZZA G., op. ult. cit., pp. 54-57, 73-81.

R. COSTI, L'ordinamento bancario, Bologna, 2007, 440, la semplificazione di detto limite è coerente con la *reductio ad unum* delle due fattispecie nell'ambito della figura unica del credito fondiario.

G. TARZIA, Il credito fondiario ed i limiti di finanziabilità nella precedente e nell'attuale normativa in *Il fallimento* 2/2013 cit. pag. 216.

Campobasso, *Diritto Commerciale*, vol. III, Torino, 1997, p. 342.

Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 423 ss.

Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, p. 200 ss.

L. STANGHELLINI, La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori, cit., p. 88.

A. PATTI, Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della par condicio, in Fallimento, 2006, X, p. 1138.

Cfr. E. SABATELLI, La revocatoria degli atti "anormali" nella riforma del diritto fallimentare, cit., p. 989.

P. G. JAEGER, "Par condicio creditorum", in Giur. comm., 1984, I, p. 88.

G. TERRANOVA, Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari, cit., p. 12.

M. FABIANI, L'inattualità dell'azione revocatoria fallimentare e i nuovi strumenti rimediali, cit., p. 395.

A. PATTI, Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della par condicio, cit., p. 1136.

M. FABIANI, L'inattualità dell'azione revocatoria fallimentare e i nuovi strumenti rimediali, cit., p.

Rivista di diritto Bancario 2012 - Dott.ssa Rossana Leggieri, Studio De Poli – Venezia.

Campobasso, *Diritto Commerciale*, vol. III, Torino, 1997, p. 342.

Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 423 ss..

Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, p. 200 ss.

L. STANGHELLINI, La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori, cit., p. 88.

A. PATTI, Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della par condicio, in *Fallimento*, 2006, X, p. 1138.

Cfr. E. SABATELLI, La revocatoria degli atti "anormali" nella riforma del diritto fallimentare, cit., p. 989.

P. G. JAEGER, "Par condicio creditorum", in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 88.

G. TERRANOVA, Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari, cit., p. 12.

M. FABIANI, L'inattualità dell'azione revocatoria fallimentare e i nuovi strumenti rimediali, cit., p. 395.

A. PATTI, Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della par condicio, cit., p. 1136.

M. FABIANI, L'inattualità dell'azione revocatoria fallimentare e i nuovi strumenti rimediali, cit., p.

RIVISTA. "*Il Fallimento*", n.1/2017.

GIURISPRUDENZA

Cass., 14.5.2007, n. 11014.

Cass., 7.12.2004, n. 23752.

Cass., 12.9.2003, n. 13895.

Cass., 25.8.1998, n. 8421, in *Dir. e giur. agr. amb.*, 1999, 89, con nota di A. GRASSO, *Crediti per prodotti venduti da società cooperative agricole e loro consorzi e privilegio generale sui mobili*; e in *Riv. giur. sarda*, 2000, 15.

Cass., 26.9.2003, n. 14330, in *Arch. civ.*, 2004, 910.

Cass., 22.2.1992, n. 2196, in *Fallimento*, 1992, 594; e in *Informazione prev.*, 1992.

Cass., 21.2.2001, n. 2493, in *Fallimento*, 2002.

Cass., 1.10.1997, n. 9580, in *Fallimento*, 1998, 1225.

Cass. n. 17200/2012.

Cass. n. 20067/2011.

Cass. n. 182/2013.

Cass. 8564/2009.

Cass. 20622/2007.

Cass. 7030/2016.

Tribunale di Terni 1136/2008.

Cass. 28.11.2013 n.26672.

Cass. 28.11.2013 n.26672.

Corte cost., 22.06.2004, n. 175.

Cass. 19978/2008.

Cass. n. 13996/2008.

Cass. 6377/2015.

Cass. n. 13996/2008.

Cass. n. 8609/2007.

Cass. n. 11014/2007.

Cass. n. 23572/2004.

Cass. 15.1.1998, n. 314.

Cass. 23.11.1990, n. 11324.

Cass. 2.3.1988, n. 2196.

Cass. 28.03.2006, n. 7028.

Cass. 09.05.2013, n. 11025.

Cass. 10.08.1992, n. 9429.

Cass. 15.05.1978, n. 2355.

Cass. 09.11.1970, n. 2300.

Cass. 12.12.2011, n. 26520.

Cass. 09.05.2013 n.11025.

Cass. 15.05.1978, n. 2355.

Cass. 12.05.2010, n. 11500.

Cass. 09.06.1997 n.5104.